جامعة آل البيت

كلية الدراسات العليا

حماية الغير حسن النية

في القانون المدني الأردني

"دراسة مقارنة"

Protection of The Good Faith Third Party

in Jordanian Civil Law

"Comparative Study"

إعداد

حسان مجلي فارس المجالي

إشراف

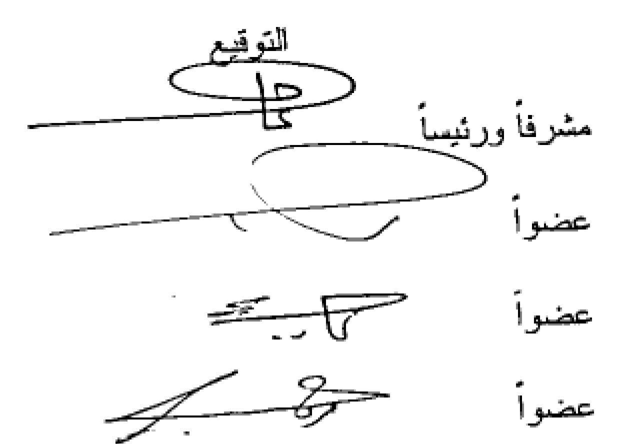
د. غازي أبو عرابي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون المدني

آب ٢٠٠٣

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٢٨/ ٨/ ٢٠٠٣

أعضاء لجنة المناقشة



الدكتور غازي أبو عرابي	مشرفاً ورئيساً	
الدكتور يزيد نصير	عضواً	
الدكتور عبد الله السوفاني	عضواً	
الدكتور مروان الإبراهيم	عضواً	

كفى بك أن ترى الموت شافياً

وحسب المنايا أن يكن أمانيا*

* إلى أن تستعيد الذات العربية وعيها.

الإهداء

إلى روح الشقيقة الغالية (أم رشاد) التي أورثني رحيلها المفاجئ جزعاً يطول وألماً لا يزول

إلى والدتي – عافاها الله.

شكر وثناء

لا يسعني وقد فرغت من إعداد هذه الأطروحة إلا أن أتقدم بالشكر مقروناً بالعرفان والمحبة للأخ الكبير، الدكتور غازي أبو عرابي والذي تجشم عناء الإشراف على هذه الأطروحة رغم ازدحام مسؤولياته الأكاديمية وتنوعها، فكان لحرصه الدؤوب على التواصل معي ولتوجيهاته الحكيمة أكبر الأثر في نفسي أولاً وفي إنجاز هذه الأطروحة ثانياً.

كما أتوجه بالشكر للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تكرمهم بمناقشة هذه الأطروحة.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من الأخ صايل الحسبان على روحه الودودة وتفانيه في طباعة هذه الأطروحة وإخراجها بالشكل اللائق. والأخ غسان الرواشدة الذي تفضل بترجمة خلاصة الدراسة إلى اللغة الإنجليزية.

فهرس المحتويات

الملخص باللغة العربية

حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني

"دراسة مقارنة"

إعداد

حسان مجلي فارس المجالي

المشرف

الدكتور غازي أبو عرابي

يقصد بالحماية موضوع هذه الدراسة، بأنها تلك الحماية المقررة للغير حسن النية في مواجهة شخص يسمى صاحب الحق أو الأصيل، والذي لا يخرج عن كونه مالكاً للمال الذي اكتسب عليه الغير حسن النية حقاً أو دائناً لمن أجرى معه الغير حسن النية تصرفه. وتؤدي تلك الحماية إلى سريان آثار التصرف الذي كان الغير حسن النية طرفاً فيه في مواجهة صاحب الحق على الرغم من كونه أجنبياً عنه، أو لم تتجه إليه إرادته الحقيقية.

وتتنوع آثار حماية الغير حسن النية بين فقدان المالك ملكيته للمال محل التصرف، أو بمزاحمة الدائن الأسبق من قبل الغير حسن النية المتعامل مع مدينه بصورة تؤدي إلى تقديم الغير حسن النية –على الرغم من كونه دائنا لاحقاً– في استيفاء حقه من المال محل التصرف قبل الدائن الأسبق منه في المرتبة.

وترتكز حماية الغير حسن النية في كافة حالاتها وصورها على فكرة التنازع، فحماية الغير حسن النية لا تثار، إلا حيثما يصطدم حق الغير حسن النية بحق آخر يوازيه أو أقوى منه.

وتُظهر هذه الدراسة أن هذا التنازع يأخذ مظهرين، فهو تارة تنازُع بين حق صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني وحق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، وتارةً أخرى تنازع بين مركز صاحب الحق القانوني ومركز الغير حسن النية القانوني أيضا.

ولما كان الحق المستند إلى مركز واقعي لا يقوى -بحسب الأصل- على الوقوف في مواجهة الحق المستند إلى مركز يحميه القانون، فإن تفضيل حق الغير حسن النية على الرغم من استناده إلى مركز واقعي لا بد أن يكون مؤسساً على أساس قانوني، ولذلك تعرضت هذه الدراسة لنظرية الأوضاع الظاهرة باعتبارها أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، وحددت هذه النظرية ا لمركز الواقعي بالوكيل الظاهر، وهو ذلك الشخص الذي يقدم نفسه إلى الغير على أنه وكيل عن شخص ما، في حين أنه لا يملك سنداً في إجراء التصرف نيابة عن ذلك الشخص، أو المالك الظاهر، وهو شخص لم يكن مالكاً للمال أصلاً أو زالت ملكيته له بأثر رجعي لبطلان أو فسخ لحق التصرف الذي بموجبه اكتسب ملكية هذا المال.

ويقتضي قيام الغير حسن النية بإجراء التصرف مع صاحب المركز الواقعي، أو صاحب الوضع الظاهر، مراعاته، غير أن تلك المراعاة لا تتحقق إلا بتوافر شروط وضوابط وموجبات تكوّن بمجموعها نظرية الأوضاع الظاهرة باعتبارها أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي.

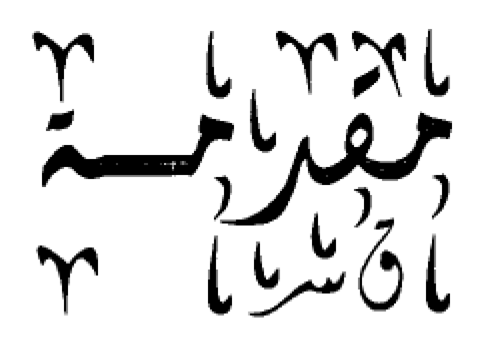
ونظراً لكون حماية الغير حسن النية في معظم مظاهرها تثير إشكالية التنازع بين القانون والواقع، فإنها بذلك لا تعد قاعدة عامة في القانون المدني، وإنما أدرجها المشرع المدني في بعض حالات التعامل على سبيل الاستثناء. وطبيعتها الاستثنائية ترد على مبدأ الأثر الرجعي للنظم ذات الأثر الرجعي، كالبطلان والفسخ والعقد الموقوف الذي لم يقترن بالإجازة ممن يملكها، حيث يؤدي الطابع الاستثنائي إلى تقييد هذا الأثر الرجعي، حماية للغير حسن النية، لأن مقتضى إعمال الأثر الرجعي، الإضرار بحقوق هذا الغير.

كما يرد هذا الاستثناء على بعض المبادئ، كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ نسبية آثار العقد ومبدأ عدم سريان التصرف القانوني، إذ تؤدي حماية الغير حسن النية إلى عدم الاعتداد بالإرادة الحقيقية لصاحب الحق، فضلاً عن إلزامها هذا الأخير بآثار تصرف لم يكن طرفاً فيه.

وتتعدد مظاهر حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، فلقد أسبغ المشرع المدني حمايته على الغير المتعامل مع الوكيل الظاهر والمالك الظاهر فضلاً عن حمايته من آثار التصرفات الصورية، كما أضفى المشرع حمايته على الغير المستند إلى مركز قـانوني وهو ذلك الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة أو حقاً على المال المرهـون فـي الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد.

وظهر من خلال دراسة أحكام حماية الغير حسن النية أن نطاق الحماية المقررة للغير حسن النية في القانون المدني الأردني، ضيق إذا ما قورن بنطاق الحماية في القوانين المدنية المقارنة وهي كل من القانون المدني المصري والسوري والعراقي.

وقد نوقشت هذه الموضوعات تفصيلاً بصورة مقارنة مع القوانين المدنية في كل من مصر وسوريا والعراق. وتضمنت الدراسة مجموعة من النتائج والتوصيات القاضية بتعـديل بعض نصوص القانون المدني أو إضافة مواد جديدة بهدف إيجاد قدر من المواءمة والتـوازن بين حق الغير حسن النية وحق من ينازعه مالكاً كان أم دائناً.


مقدمة

مقدمة

١- طبيعة الموضوع:

يعتبر مفهوم (الغير حسن النية) من أكثر المفاهيم تداولاً وشيوعاً في الحقل القانوني بصفة عامة، وفي ميدان العلاقات القانونية الخاصة بصورة أكثر خصوصية. ويراد باستخدام هذا المفهوم بصورة مطلقة تجنيب هذه الطائفة عدم الاعتراف بآثار تصرفات كانت طرفاً فيها، وجرت خلافاً لما يقتضيه المنطق القانوني السليم أو القواعد القانونية العامة.

وقد أدى ذيوع وشيوع هذا المفهوم، إلى الاعتقاد بسهولته وليونته، مما أدى إلى استخدامه على نحو يعوزه الانضباط والدقة في الكثير من الأحيان، فضلاً عما أداه من تعميم لهذا المفهوم، وابتعد به عن معناه الحقيقي والمقصود كمحل للحماية القانونية.

فالاعتقاد الراسخ، أن حماية الغير إنما تتعلق بمن كان أجنبياً عن تصرف قانوني معين، وهذا الاعتقاد ناشئ عما ترسخ في الأذهان من أن الغير هو ذلك الشخص الأجنبي بالنسبة لتصرف قانوني معين. غير أن ازدحام العلاقات القانونية وتشابكها يفرز لنا طائفة من الأغيار تتداخل في العلاقات والتصرفات القانونية ومع ذلك تظل محتفظة بصفتها لأن تداخلها وتشابكها في التصرفات القانونية يجعلها في وضع تحتاج معه إلى الحماية. وهذه الحماية، التي تؤدي إلى اعتبار طرف ما في تصرف قانوني غيراً، لا تثار إلا حينما يكون هذا الغير حسن النية.

وهذا التطور في مفهوم الغير، مرده أن المفهوم التقليدي للغير -وهو الأجنبي عن التصرف- لا يرتبط بصورة عامة بأي نظام حمائي له، وهو إن ارتبط بها، فيكون ذلك بمعزل

عن حسن أو سوء نيته. وهو ما يقود إلى أن تطور مفهوم الغير، بصورة تجعله محلاً للحماية، يرتبط ارتباطاً كاملاً بحسن نيته.

فمقتضى حسن النية، أن جهل شخص ما -دخل طرفاً في تصرف قانوني- ما يعتور هذا التصرف من قابلية للزوال، إما لبطلان أو فسخ أو عدم إجازة، يجعل هذا الشخص بحاجة إلى حماية كي لا يفقد ما اكتسبه من حقوق بمقتضى ذلك التصرف، وكي لا يلحقه ضرر جراء زوال آثار ذلك التصرف. وهذه الحماية تتقرر في مواجهة شخص يسمى الأصيل أو صاحب الحق وسبب تسميته بذلك مرده أن التصرف القابل للزوال قد جرى على ماله دون علم منه أو إرادة. أو أن هذا التصرف قد مس حقاً اكتسبه على هذا المال بموجب تصرف سابق.

ولذلك فإن تطور مفهوم الغير، يجعل من أجرى التصرف الماس بحقوق الأصيل، وهو لا يعلم، بمساس هذا التصرف بحقوق شخص ثالث يسمى الأصيل، غيراً بالنسبة لهذا الأصيل، مما يؤدي إلى ضرورة تحقيق التوازن فيما بين هاتين المصلحتين. ولذلك فإن موضوع هذه الدراسة إنما يقوم على مبدأ الموازنة بين حق الغير حسن النية وحق آخر يوازيه هو حق الأصيل أو صاحب الحق.

وتحقيق هذا التوازن يراعي هاتين المصلحتين، فلا تطغى إحداهما على الأخرى إلا بما يتحقق في جانب كل منهما من مؤيدات ودعائم تقضي بتفضيل إحداهما على الأخرى، وهو ما يقود إلى القول، إلى أن حماية الغير حسن النية ليست مسلمة أو بديهية، بل هي مقيدة في نطاق استثنائي مشروط.

وقد تطرق المشرع الأردني إلى حماية الغير حسن النية بالمنطق السابق بيانه، فلم يأخذ بها إلا على سبيل الاستثناء ولم يرتق بها إلى مصاف القواعد العامة، وجاراه في ذلك قضاء

محكمة التمييز، حيث اقتصر دوره على على الجانب التطبيقي للنصوص الواردة في القانون، ولعل هذا المسلك التشريعي والقضائي لا يضاهي إلى حد ما نطاق الحماية التي أقرتها التشريعات المدنية المقارنة للغير حسن النية وتطبيقاتها المتعددة وما أسفرت عنه الاجتهادات القضائية المقارنة من تطور ملحوظ في إدراك موجبات وضرورات حماية الغير حسن النية.

٢- أهمية موضوع الدراسة:

تمكن أهمية هذه الدراسة في جدتها أولاً، وفي ضبطها وتحديدها لبعض المفاهيم العامة في القانون المدني، وفي طرحها لإشكالية التوفيق بين القانون والواقع ثالثاً.

فمن حيث الجدة، فإن هذه الدراسة تناولت موضوعاً لم يسبق تناوله في إطار كلي يحدد مدلول الحماية وطبيعتها وأساسها القانوني وأحكامها، حيث اقتصر الأمر في السابق على تناول موضوعات هذه الدراسة بصورة متناثرة كل في موضعه ودون تفصيل ودون التطرق إلى تحديد المفهوم العام لهذه الحماية.

أما من حيث ضبط وتحديد بعض المفاهيم العامة في القانون المدني، فنقصد بذلك مفهومي الغير وحسن النية، إذ توضح هذه الدراسة ما يتصف به مفهوم الغير من تنوع، وتحدد مفهومه بشكل دقيق في كل مظهر من مظاهر الجماية. أما بالنسبة لمفهوم حسن النية، فتحدد هذه الدراسة معناه العام وما يتصف به من كونه معنىً شخصياً، أي أنه يتصل بشخص الغير فضلاً عن تحديد حسن النية بمعناه التفصيلي في كل مظهر من مظاهر الحماية.

أما من حيث طرحها ومعالجتها لإشكالية التوفيق بين القانون والواقع، فإن هذه الدراسة تقوم في معظم مراحلها على إبراز فكرة التنازع بين القانون والواقع، وتؤطر المحاولات الفقهية والقضائية في سبيل حل هذا التنازع في إطار من التحليل وبما يقتضيه التدرج في تناول موضوعات هذه الدراسة، على أن أهم ما تسلط هذه الدراسة الضوء عليه هو موقف المشرع

والقضاء الأردنيين من هذه الإشكالية ورصد مدى تدرج قضاء محكمة التمييز في فهمه لهذه الإشكالية من جهة، ومدى مقاربته لما أسفرت عنه الاجتهادات القضائية المقارنة من تأصيل المبادئ التي يمكن على ضوءها تحقيق التوافق بين القانون والواقع.

٣- منهجية الدراسة:

اتبعت هذه الدراسة منهجاً تدرج في بسط الموضوعات بحيث تم الانتقال فيه من الموضوعات الكلية إلى الموضوعات التفصيلية بصورة تيسر للقارئ التدرج في فهم مضامين هذه الدراسة، كما توسلت الأسلوب التحليلي القائم على الموازنة بين النصوص القانونية المقارنة وتحليلها تحليلاً عميقاً.

وقد ألقت هذه المنهجية بظلالها على خطة الدراسة، فروعيت من خلالها آلية التدرج في عرض مضامينها وموضوعاتها، ولذلك فقد قسمت هذه الدراسة إلى أربعة فصول؛ خصص الأول منها لدراسة مفهوم حماية الغير حسن النية وما يقتضيه من تبيان لمدلول الحماية ووظائفها وتطبيقاتها في فروع القانون الأخرى، فضلاً عن طبيعتها الاستثنائية وتمييزها عما يشتبه بها من صور أخرى لحماية الغير.

أما الفصل الثاني فخصص لدراسة الأساس القانوني للحماية عبر بيان الأساس القانوني المتمثل بنظرية الأوضاع الظاهرة أولاً والأساس القانوني الذي يتجاوز نظرية الأوضاع الظاهرة ثانياً.

أما الفصل الثالث، فنتناول فيه دراسة أحكام حماية الغير حسن النية المستندة إلى نظرية الأوضاع الظاهرة عبر تناول أحكام الحماية في في نطاق الوكالة الظاهرة والملكية الظاهرة، في حين خصص الفصل الرابع لدراسة أحكام المظاهر الأخرى للحماية والمتمثلة بحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية أولاً والغير المستند إلى مركز قانوني ثانياً، وختمت هذه الدراسة بخاتمة شملت أبرز معالم هذه الدراسة وخلاصتها وما أسفرت عنه من مقترحات وتوصيات.

الفصل الأول

مفهوم حماية الغير حسن النية

الفصل الأول

مفهوم حماية الغير حسن النية

تمهيد وتقسيم:

يكتسب تحديد مفهوم حماية الغير حسن النية أهمية كبيرة، كونه يسلط الضوء على الجوانب الأساسية التي ينبغي معرفتها قبل البحث في الجوانب التفصيلية لهذه الحماية. وتحديد مفهوم الحماية يتضمن التعريف بهذه الحماية من حيث جوهرها وأهميتها وتطبيقاتها في فروع القانون الأخرى، فضلاً عن تحديد طبيعتها وكونها تقوم على سبيل الاستثناء، وترتكز على مفهوم محدد لحسن النية مما يجعلها متميزة عن بعض أوجه الحماية المقررة للغير.

ويقتضي البحث في هذه الموضوعات تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، فنعرض في الأول لماهية الحماية وفي الثاني لطبيعة الحماية وتميزها.

المبحث الأول

ما هية الحماية

تمهيد:

على الرغم من تعدد مظاهر حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني واختلاف أساسها القانوني من مظهر لآخر فضلاً عن اختلاف أحكام هذه الحماية من مظهر لآخر أيضاً، فإن ذلك لا يحول دون إعطاء تصور كلي، عن هذه الحماية. ويقتضي إعطاء هذا التصور الكلي تحديد جوهر الحماية أولاً، أي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها والذي يصدق على كافة مظاهر الحماية وتحديد أهمية هذه الحماية ووظائفها ثانياً، والتعريف بتطبيقاتها في فروع القانون الأخرى ثالثاً، وسوف نبحث هذه الموضوعات عبر ثلاثة مطالب: فنعرض في الأول لجوهر الحماية أو قوامها في حين نعرض في الثاني لأهمية الحماية ووظائفها، ونختم هذا البحث بتطبيقات هذه الحماية في فروع القانون الخاص الأخرى عبر المطلب الثالث.

المطلب الأول

قوام فكرة الحماية

إن الوقوف على جوهر الحماية أو قوامها، يتحقق كأثر لازم لمعرفة الغاية الأساسية لهذه الحماية والمتمثلة بالتوفيق بين المصالح المتعارضة على نحو لا يُهْدَرُ معه حق الغير.

ولا يكون الغير بحاجة إلى هذه الحماية إلا حيثما يوجد حقٌ آخر يوازيه أو أقوى منه. ويمكن القول بصفة عامة أن التصرفات التي يتأثر بها مركز الغير حسن النية –على الرغم من تعددها– إلا أنها تتشابه جميعاً دون استثناء في أنها تضع هذا الغير في مواجهة صاحب الحق

والذي لا يعدو كونه مالكاً للمال محل التصرف الذي اكتسب عليه الغير حقاً أو دائناً لمالك هذا المال.

وهذه المواجهة بين الغير حسن النية وصاحب الحق تستوجب المفاضلة بين أحدهما[١]. والرجوع إلى فكرة التفاضل[٢]، والاستعانه بها في سبيل تفضيل أحد الحقين على الآخر، إنما يعبر عن قوام فكرة حماية الغير حسن النية والمتمثل بالتنازع بين المصالح المتعارضة، فلا يثار أمر حماية الغير حسن النية وبصورة أدق لا يكون بحاجة إلى هذه الحماية إلا إذا وجد من ينازعه فيما اكتسبه من حقوق.

ويكتسب هذا التنازع في معظم مظاهر حماية الغير حسن النية طبيعة خاصة تتمثل في قيامه على خلاف مقتضى الأصول القانونية، فالأصل، ووفقاً للثابت، أن صاحب الحق سواء أكان مالكاً أم دائناً لا ينازع في حقه[٣]، فالغير الذي اكتسب حقاً على مال تعود ملكيته لأحد الأشخاص بموجب تصرف أجراه مع شخص لا يملك هذا المال وليس له صفه أو سند في إجراء التصرف عليه، لا يسوغ له بحسب الأصل، أن يحتج أو يتذرع بهذا الحق الذي اكتسبه في مواجهة صاحب الحق الأصلي على هذا المال.

وهذا التنازع الذي أساسه صدور التصرف من شخص ليس له صفة أو سند في إجراءه، يترتب عليه استناد الحق الذي إكتسبه الغير حسن النية على المال موضوع التصرف إلى مركز واقعي وهو مركز المتصرف مع الغير أو صاحب الوضع الظاهر الذي نشأ خلافاً لحكم القانون[٤]. فالقانون لا يعطي لغير المالك الحق بالتصرف في غير ملكه، وهو إن فعل ذلك كان

---

(١) عبد السلام ذهني، التسجيل وحماية المتعاقدين والغير، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٧٧.

(٢) مصطفى الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٧.

(٣) نعمان جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق، ١٩٧٧، معهد الدراسات العربية، ص ٨.

(٤) انظر، نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٨، ومصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٧.

التصرف موقوفاً على إجازة المالك، فإن رفض إجازته بطل التصرف مستنداً إلى وقت صدوره[١]. كما لا يخول القانون الوكيل بإجراء التصرفات نيابة عن موكله في حال انقضاء وكالته أو انعدامها أو إذا كان تصرفه ينطوي على تجاوز لحدود هذه الوكالة ففي جميع هذه الأحوال، فإن صدور التصرف من غير ذي صفه في مال غيره دون سند أو تخويل له بالتصرف يعد مخالفة لحكم القانون، مما يعني انسحاب نتائج هذه المخالفة على كافة آثار التصرف التي ترتبت للغير حسن النيه[٢].

وفي مقابل هذا المركز الواقعي يقف مركز صاحب الحق، وهو مركز قانوني ثابت بمقتضى القانون سواء كان صاحب الحق مالكاً للمال الذي ترتب عليه حق الغير حسن النية أو دائناً للمتعامل معه[٣].

وعلى الرغم من أن حق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي لا يقوى –بحسب الأصل –على مزاحمة مركز صاحب الحق القانوني على اعتبار أن الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق ناشئة عن أوضاع قانونية شاذة الأمر الذي تبدو فيه حقوق الغير –بالنظر إلى الأصول القانونية المرعية– مهددة بعدم الاعتراف بها تفضيلاً لمصلحة صاحب الحق واحتراماً لارادته التي لم تتجه إطلاقاً لترتيب هذه الحقوق للغير، فإن المشرع الأردني والتشريعات المدنية المقارنة قد أقرت هذا التنازع وأن كان ذلك بصورة متفاوتة من تشريع لآخر، وأتاحت حسمه لصالح الغير حسن النية إذا ما نهضت في جانبه الشروط والمبررات القاضية بضرورة حسم التنازع لصالحه. ويظهر ذلك في ظل القانون المدني الأردني

---

(١) المادة (٢/١٧٥) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر عبد المنعم البدراوي، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٧٩، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، المصادر، مجلد١، سنة ١٩٨٣، ص ٧٤٨.

(٣) انظر، نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٦.

في حالة صدور التصرف للغير حسن النية من الوكيل الظاهر أو المالك الظاهر، وتعالج حالة الوكالة الظاهرة المادة (١١٤) والتي تنص **((إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابه، فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه))**[١] .

أما حالة الملكية الظاهرة فتعالجها المواد (٥٤٧) والتي تنص **((لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً اكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض))**[٢] و(١١٨٢) مدني التي تنص **((إذا وقعت الحيازه على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقترنت الحيازه بحسن نيه واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات))**[٣].

و(١١٨٩) التي تنص **((١-لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينيـاً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نيـه. ٢- وتقـوم الحيازه بذاتها قرينه على الملكية ما لم يثبت غير ذلك))**[٤].

وظاهر من خلال هذه النصوص أن المشرع الأردني يعترف بآثار التصرفات الصادرة للغير حسن النية من شخص غير مخول قانوناً أو لا يملك سنداً بأجراءها، فيمكنّ الغيـر مـن الاحتجاج بآثار هذه التصرفات في مواجهة الأصيل.

كما تنطوي هذه الحماية على تنازعٍ بين الاراده الحقيقية والارادة الظاهرة، ويظهر ذلك

---

(١) تقابل المادتين (١٠٧) مدني مصري و(١٠٨) مدني سوري.

(٢) تقابل المادتين (٤٧٨) مدني مصري و(٤٦٦) مدني سوري.

(٣) تقابل المواد (٩٦٨) مدني مصري و(٩١٨) مدني سوري و(١١٥٨) مدني عراقي.

(٤) تقابل المواد (٩٧٦) مصري و(٩٢٧) سوري و(١١٦٣) عراقي.

من خلال حماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية[١]، ويظهر هذا التنازع في حالة تمسك الغير حسن النية بالعقد الصوري (الظاهر)[٢]، ذلك أن الأصل أن المتعاقدين لهما أن يحتجا بارادتهما الحقيقية التي أفرغاها في التصرف الحقيقي (المستتر)، مما يعني إمكانية احتجاجهما بعدم سريان آثار التصرف الصوري في مواجهتهما، ولكن المتعاقدين في الصورية ليس لهم خيارٌ من أمرهم إذا تعلق الأمر بحماية الغير حسن النية الذي تعامل مع أحد المتعاقدين، فللغير حسن النية أن يحتجّ بالتصرف الظاهر الذي انخدع به وأجرى تصرفه مع المتعاقد الصوري تحت تأثيره. وقد أقر المشرع الأردني كما سائر التشريعات المدنية المقارنة هذا التنازع بين الارادة الحقيقية والارادة الظاهرة وحسم هذا التنازع لمصلحة الغير حسن النيه، فأتاح له الاحتجاج بأي من العقدين، الحقيقي أو الصوري أيهما محققاً لمصلحته وهذا ما تقضي به المادة (٣٦٨) من القانون المدني الأردني التي تنص **((١-إذا ابرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا لجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين))**[٣].

---

(١) انظر، محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الاراده في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص ٣٨٦-٣٨٨.

(٢) أما إذا كان من مصلحه الغير حسن النيه التمسك بالعقد الحقيقي الذي ستره المتعاقدان بالعقد الصوري، فلا نكون في هذه الحالة بصدد تنازع بين الارادة الحقيقة والارادة الظاهرة لأن مقتضى تمسك الغير حسن النيه بالعقد الحقيقي إنما يعد تطبيقاً لحكم القواعد العامة القاضية بأعمال الارادة الحقيقة للمتعاقدين.

(٣) تقابل المواد (٢٤٤) مدني مصري و(٢٤٥) مدني سوري و(١٤٧) مدني عراقي.

ولا يقتصر الأمر في حماية الغير حسن النية على التنازع بين القانون والواقع، إذ تكرس هذه الحماية في بعض مظاهرها تنازعاً بين مركزين قانونين، فالغير قد يتقرر له حقاً بمقتضى تصرف أجراه مع شخصٍ يملك مِكْنَةْ إجراء التصرف ولكنه يُزاحم في حقه من قبل شخص آخر يستند إلى مركز قانوني أيضاً، وهو في مطلق الأحوال يكون دائناً للمتصرف مع الغير. ويظهر هذا التنازع في حالة ما إذا اكتسب الغير حقاً عينياً على أموال التركه المدينة، حيث يزاحمه في حقه دائنو التركه. وقد تضمنت هذه الصورة من صور التنازع بين الغير حسن النية وصاحب الحق المادتان (١١٠٧) و(١١٢٣) من القانون المدني الأردني حيث تنص المادة (١١٠٧) **((لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصي التركه ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركه أن يرجعوا على من كسب بحسن نيه حقاً عينياً على تلك الأموال ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركه))**[1].

في حين تنص المادة (١١٢٣) **((إذا لم تكن التركه قد صفيت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائني التركه العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتبت عليها حقوق عينيه لصالح الغير إذا أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات))**[2].

كما يظهر هذا التنازع بين الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على المال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، والدائن المرتهن الذي عاد رهنه بعد زوال سبب الانقضاء وهذا ما تقرره المادتان (١٣٦٤)[3] و(١٤١٩)[4] من القانون المدني

---

(١) تقابل المادتين (٨٩٧) مدني مصري و(٨٥٨) مدني سوري.

(٢) تقابل المادتين (٩١٤) مدني مصري و(٨٧٥) مدني سوري.

(٣) تقابل المواد (١٠٨٢) مدني مصري و(١٣١٥) مدني عراقي.

(٤) تقابل المواد (١١١٢) مصري و(١٣٤٦) عراقي.

الأردني حيث تنص المادة (١٣٦٤) مدني أردني على أنه: ((**١- ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثق به. ٢- فإذا زال سبب الانقضاء عاد الرهن كما كان دون مساس بحقوق الغير حسن النية التي اكتسبها بين زوال الحق وعودته**)).

في حين تنص المادة (١٤١٩) مدني أردني على أنه: ((**ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته**)).

ومن شأن تنوع مفهوم التنازع من مظهر لأخر من مظاهر حماية الغير حسن النيه، أن يحدث فرقاً كبيراً في تحقيق الحماية للغير حسن النية من الناحية العملية من مظهر لأخر. فعلى الرغم من أن حماية الغير حسن النية تقوم بشكل عام على فكرة الترجيح بين الحقوق المتنازعة[1]، فإن إسباغ الحماية على الغير في الأحوال التي يستند فيها إلى مركز واقعي تبدو أكثر صعوبة مما لو كان مركزه قانونياً، فحماية الغير حسن النية الذي يزاحم مركزه الواقعي مركز صاحب الحق القانوني تتقيد بصورة صارمة بضرورة أن يكون ترجيح مصلحته على الطرف الآخر مستنداً إلى شروط وموجبات تقطع عقلاً ومنطقاً بضرورة ترجيحه[2].

ولذلك قيل بعدم كفاية الأفكار الفلسفية التي قيلت في سبيل حسم التنازع بين الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي وصاحب الحق المستند إلى مركز قانوني حقيقي لصالح الغير حسن النيه، لأن هذه الأفكار لا تنطوي على شروط دقيقة ومبررات كاملة يكون من شأنها القطع

(١) عبد السلام ذهني، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) فتيحة قره، أحكام الوضع الظاهر، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٨، ص ١٠.

والجزم بأن الغير حسن النية أولى في ترجيح مركزه[١].

وإزاء ذلك فقد سعى الفقه والقضاء بصورة دؤوبه إلى إيجاد مرتكزٍ نظري يتم اللجوء إليه في كل حالة يثار فيها التنازع بين المركز الواقعي الذي يستند إليه الغير حسن النية والمركز القانوني الذي يستند إليه صاحب الحق، ونتيجة لهذه الجهود، فقد ولدت نظرية متكاملة الأركان عرفت بنظرية الأوضاع الظاهرة والتي تبدو أهميتها في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات وتأكيد الثقة فيها، حيث تقوم بتصحيح التصرف الذي يصدر من شخص يظهر بمظهر صاحب الحق ويبرمه باسمه ولحسابه وكأنه صدر من صاحب المركز الحقيقي إلى الغير حسن النيه[٢].

المطلب الثاني
وظيفة الحماية وأهميتها

سلف القول، أن الوظيفة الأساسية لحماية الغير حسن النية تتمثل في ترجيح مركز الغير على مركز صاحب الحق حتى لو كان مركز هذا الأخير أقوى من مركز الغير أو يوازيه، ويترتب على ذلك أمران، أولهما أن تتخذ الوظيفة التي تؤديها الحماية عدة أدوار وثانيهما أن تتمخض عن الحماية أهمية اجتماعية وأخرى قانونية وسوف نعرض للأدوار الوظيفية للحماية ولأهميتها عبر الفرعين التاليين:

---

(١) من هذه الأفكار فكرة استقرار المعاملات وفكرة الثقة المشروعة للفقيه ليفي (LEVE) وفكرة تحمل التبعة وفكرة الاستقرار الحركي، وسوف نعرض لهذه الأفكار تفصيلاً عند تناولنا النظرية الأوضاع الظاهرة كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي. أنظر لاحقاً من صفحة ٨٣-٨٦.

(٢) انظر، فتحيه قره، المرجع السابق ص ٥، ونعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٢٩-٣٠، ومصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩، وعبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧٥، والسنهوري، المرجع السابق، ص ٧٤٨، وعموماً سوف نتناول نظرية الأوضاع الظاهرة تفصيلاً عند دراسة الاساس القانوني للحماية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الأول

الأدوار الوظيفية للحماية

أولاً: الدور الإنشائي للحماية:

يمكن النظر إلى الدور الإنشائي للحماية في جميع الأحوال التي يصطدم فيها مركز الغير الواقعي بمركز صاحب الحق القانوني، أي في جميع الأحوال التي يثور فيها التنازع بين القانون والواقع. ويتحقق هذا الدور بإنشاء حق للغير حسن النية[1]، فالأصل -وكما أسلفنا مراراً- أن مركز الغير الواقعي لا يقوى على الوقوف قِبالة مركز صاحب الحق القانوني، وأن التصرف الصادر للغير على خلاف المقتضى القانوني ليس من شأنه أن يكسبه حقاً في مواجهة صاحب الحق. ويترتب على هذه النتيجة أن الحماية لا تكون ذات جدوى ما لم تهدف إلى إكساب الغير حسن النية حقاً في مواجهة صاحب الحق وما لم يتم الاعتراف بهذا الحق.

ولذلك فإن الحماية التي أضفاها المشرع المدني على الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي جاءت وفقاً للمنطق الذي أبديناه، حيث تتجسد هذه الحماية في إنشاء حق للغير حسن النية يوازي في قوته حق صاحب الحق أو الأصيل ويتحقق هذا الدور الإنشائي في تصحيح التصرف الجاري بين الغير حسن النية وصاحب الوضع الظاهر المتصرف معه[2] وذلك باعتبار هذا التصرف صحيحاً كما لو أنه تم بين الغير وصاحب الحق. فلو أن الأمر يتعلق بتصرف ناقل لملكية شيء لاكتسب الغير ملكية هذا الشي، ويكتسب منفعة الشيء لو كان من شأن التصرف أن

---

(١) محسن عبد الحميد البنيه، نظرية الوارث الظاهر، دارسة تحليلية مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣، ص ١١.

(٢) انظر السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النيه في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٠١٩، ونعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٤٩، وعبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص٣٧٥، ومحسن البنيه، مرجع سابق، ص ١٢.

يُكْسِب هذه المنفعة، وتبرأ ذمته إن كان من شأن التصرف أن يبرئ ذمته كما لو أوفى أجرة المسكن إلى الوكيل الظاهر عن المالك.

وفي مقابل ذلك يلزم الغير بكل ما يفرضه التصرف من التزامات كدفع ثمن المبيع أو الوفاء باجرة السكن[١]. كما أن اعتبار التصرف صحيحاً بالنسبة لصاحب الحق فيتمثل في تحمله النتيجة الأساسية للتصرف وهي اكتساب الغير للحق، مما يعني فقدانه بالنسبة إليه[٢] والجدير بالذكر أن صاحب الحق لا يفقد الحق كأثر مباشر للتصرف المبرم بين الغير وصاحب الوضع الظاهر، ذلك أنه ليس طرفاً في التصرف ولا هو ممثل فيه، فالأثر المباشر للتصرف هو كسب الغير للحق، أما فقدان صاحب الحق لحقه فهو الأثر غير المباشر للتصرف، لأنه ليس نتيجة للتصرف وإنما نتيجة لكسب الغير له[٣] ومن نافلة القول أن نشير إلى أن هذا الدور الإنشائي للحماية يعود إلى كونها تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، حيث يؤدي الظاهر هذا الدور الإنشائي المتمثل بإنشاء حق للغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق عن طريق الاعتراف بالتصرف الجاري فيما بين الغير وصاحب الوضع الظاهر واعتباره صحيحاً في مواجه صاحب الحق[٤] وقد عبرت عن هذا الدور محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر سنة ١٩٧١ والذي تضمن أنه **((يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النيه، ما يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الحقيقي...))**[٥] .

---

(١) نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠.

(٢) محسن البنيه، المرجع السابق، ص ١١.

(٣) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٥٠، وفي ذات المعنى، محسن البنيه، المرجع السابق، ص ١١.

(٤) محسن البنيه، المرجع السابق، ص ١١.

(٥) نقض مدني مصري ٣٠ نوفمبر ١٩٧١، السنة ٢٠٢، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، القاعدة رقم ١٦١، ص ٩٥٩.

ثانياً: الدور التفضيلي للحماية:

وتقوم هذه الوظيفة في الحالات التي يكون فيها مركز الغير حسن النية مساوياً في قوته ووجاهته لمركز صاحب الحق، حيث لا يفضل حق على آخر لاستناد كلّ منهما إلى تصرف قانوني صحيح، إلا أن الحماية التشريعية للغير حسن النية تأتي لتفضل حقه على حق مزاحمه والذي لا يعدو أن يكون دائناً للمتصرف مع الغير، وتظهر هذه الحماية في تفضيل الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية على أموال التركة المدينة على حق الدائن لهذه التركه، كما تبدو هذه الحماية في تفضيل ما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق على المال المرهون تأميناً أم حيازه على حق الدائن المرتهن لهذا المال بعد زوال سبب انقضاء رهنه.

وتثير الوظيفة التفضيلية للحماية صعوبة في تحديد أساسها القانوني نظراً لتساوي المركزين المتعارضين(١).

ثالثاً: الدور الوقائي للحماية:

تؤدي حماية الغير حسن النية هذه الوظيفة في أبرز تطبيقاتها المتمثلة بالصورية، حيث يتجسد أثر هذه الحماية في وقاية الغير المتعامل بحسن نيه مع أحد أطراف التصرف الصوري من أثار هذا التصرف إذا كان ضاراً لمصلحته، عبر إعطاءه حق التمسك بأي من العقدين الحقيقي أو الصوري أيهما محققاً لمصلحته وتنطوي هذه الوظيفة على إهدار الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إذا كان من شأن العقد الحقيقي المستتد أن يلحق الضرر بالغير حسن النيه.

---

(١) سوف نتعرض لهذا الموضوع تفصيلاً عند البحث في الأساس القانوني للحماية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثاني

أهمية الحماية

يمكن النظر إلى أهمية حماية الغير حسن النية من وجهتين، تتعلق أولاهما بالجانب الاجتماعي لهذه الحماية في حين تتعلق الثانية بالجانب القانوني.

أولاً: الأهمية الاجتماعية للحماية

تتصل الأهمية الاجتماعية لحماية الغير حسن النية بالمذهب الموضوعي الذي يطبع بعض النظم القانونية بطابعه الخاص[1]، ويقوم على الاهتمام بالمجتمع والنظر إليه نظره شاملة وعدم الوقوف عند المبادئ والنصوص القانونية موقف الجمود والتطبيق الحرفي لها والانطلاق من قاعدة أن القانون ليس إلها يسيطر على المجتمع ويحتويه وقواعده ليست نصوصاً مقدسة يجب أن تخضع لها بغير مناقشة. ويستند بنيان المذهب الموضوعي الذي يعلي من قيمة المجتمع ويركز على أهمية حسم المنازعات القانونية استناداً إلى فكرة العدالة على العديد من النظريات كفكرة الأمان المتحرك التي نادى بها الفقيه ديموج (DEMOGE) وفكرة استقرار التعامل التي ينظر إليها باعتبارها الوعاء الذي يجمع كافة الأفكار الفلسفية التي توضح أهمية حماية الغير حسن النية كون أن هذه الأفكار جميعها ترتد إلى وجهة واحدة وهي استقرار المعاملات[2]،

---

(١) كالقانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري، وبصفة عامة ينظر إلى التشريع الجرماني بوصفه موئلاً ومرتكزاً للمذهب الموضوعي، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ٣٨٦، هامش رقم (٢).

(٢) انظر في تفصيل هذه الآراء، محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٥٩، وما بعدها، وكذلك سعودي سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النيه المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، القاهرة، ص ٨٩ وما بعدها.

وفكرة الحقوق المكتسبة القائمة على أن حماية الحق المكتسب ضرورة بذاتها لا يستقر المجتمع بدونها[١].

وانطلاقاً من هذا المرتكز النظري تتضح الأهمية الاجتماعية لحماية الغير حسن النيــه، فمن جهة فإن حماية الغير حسن النية تحقق العدالة الاجتماعية، فالعدالة تقضي بضرورة حماية الغير الذي تعامل بحسن نيه مع صاحب الوضع الظاهر، وهو يعتقد أنه يتعامل مع ذي صـــفه، وخاصة إذا كان اعتقاده مبرراً[٢] ومن شأن ذلك الحفاظ على استقرار التعامل، والقول بخــلاف ذلك يعد دعوة للجمود وتوقف للمعاملات.

كما تظهر الأهمية الاجتماعية للحماية في حماية الفاعلية الاجتماعية والتقدم الاقتصادي، وذلك لا يتحقق إلا إذا كان على حساب بعض الاعتبارات والقيم الفردية، وحماية من يســتخدم الشيء وينتفع به أهم من حماية مالكه الذي يهمله[٣].

ثانياً: الأهمية القانونية للحماية:

تكمن الأهمية القانونية للحماية في كون هذه الحماية تتحقق للغير حسن النيــة بصــورة مباشرة وتلقائية، بمعنى أن أثر التصرف الذي أجراه الغير والذي هو مثار النتازع لاصــطدامه بحق صاحب الحق الثابت يسري مباشرة في مواجهة هذا الأخير دون الحاجــة إلــى واســطة لإقتضائه، ومن هنا تكتسب هذا الحماية أهميتها وجدواها بالنسبة للغير حســن النيــة، ذلــك أن الحماية المباشرة والتلقائية تعفي الغير حسن النية من اللجوء إلى القواعد العامة لاقتضاء حقــه،

(١) انظر في هذا الخصوص نعمان جمعه، المرجع السابق ص١٣.

(٢) مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٨.

(٣) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ١٦.

ذلك أنه لو لم تتقرر هذه الحماية له بحيث تقرر بطلان أو عدم نفاذ التصرف الذي أجـراه مـع شخص لا يملك سنداً قانونياً في إجراءه، لكان يتعين عليه إذا ما أراد اقتضاء حقه أن يلجأ إلـى القواعد العامة في القانون المدني كأن يلجأ إلى دعوى ضمان الاستحقاق وقد يضطره الأمر إلى تقديم شكوى جزائيه يبين فيها أنه وقع ضحية احتيال من شخص قدم نفسه إليه على أنه مالـك للمال محل التصرف أو وكيل عن صاحب الحق.

المطلب الثالث

تطبيقات حماية الغير حسن النية في فروع القانون الأخرى

تمهيد:

لا تقتصر حماية الغير حسن النية على القانون المدني، وإنما تمتد إلى فـروع القـانون الأخرى، ومرد ذلك بروز التنازع بصوره المتعددة في أنواع متعددة من العلاقات القانونية الأمر الذي تطلب وجود نظام حمائي للغير حسن النية في كل فرع من فروع القانون يظهر فيه هـذا الغير بمظهر المحتاج إلى هذه الحماية ويمكن أن نتلمس هذه الحماية تحديداً في القانون التجاري وبعض فروع القانون العام وبالأخص في القانون الإداري وقانون العقوبات، وسـوف نـدرس تطبيق الحماية في هذه الفروع، عبر الفرعين التاليين، نبحث في الأول لحماية الغير حسن النية في نطاق القانون التجاري ونبحث في الثاني لحماية الغير حسن النية في نطاق القانون العام.

الفرع الأول: حماية الغير حسن النية في نطاق القانون التجاري

يمكن القول أن حماية الغير حسن النية تظهر أكثر ما تظهر في القـــانون التجـــاري[١].

وذلك لما يقوم عليه من ضرورات السرعة في إنجاز المعاملات التجارية والائتمان الذي يعتبر عصب هذه المعاملات، وإزاء ذلك فإن القانون التجاري يبدو أكثر تساهلاً مـــن بقيـــة القـــوانين وخاصة القانون المدني في التضحية بمركز صاحب الحق في سبيل ضرورات الائتمان[٢].

وتظهر حماية الغير حسن النية في القانون التجاري بصورة متميـــزه فـــي مظهـــرين كبيرين، أولاهما يتحقق في إطار نظرية الشركة الفعلية وثانيهما في إطار نظرية تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية.

وسوف نلقي الضوء على هذين المظهرين الكبيرين اللذين يتميز بهما القانون التجـــاري من خلال البندين التاليين :

أولاً: حماية الغير حسن النية في نطاق نظرية الشركة الفعلية

تعد نظرية الشركة الفعلية من أهم النظريات التي ابتدعها القضاء من أجل حماية الغيـــر حسن النية من الآثار الناشئة عن بطلان عقد الشركة[٣]، وذلك لما ينطوي عليه تقرير الـــبطلان

---

(١) انظر ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشريعة، جامعـــة الكويـــت، السنة الرابعة، ١٩٨٠، العدد الأول، ص ٥٢.

(٢) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٥.

(٣) يعود الفضل في استحداث نظرية الشركة الفعلية للقضاء الفرنسي وذلك في حكم شهير صدر عن محكمـــة باريس سنة ١٨٢٥ حيث قررت المحكمة عدم قضاء المحاكم الفرنسية على رفض نتائج بطلان الشركة التجارية متى كان في ذلك اضرار بمصلحة الغير حسن النيه. لمزيد من الإيضاح راجع مفلح القضاة، الوجود الـــواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٠ وما بعدها. وكذلك فـــوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، ١٩٩٩، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٣٤.

من مساسٍ صارخ بحقوق الغير الذين تعاملوا مع الشركة في الفترة الواقعة ما بين نشوء الشركة وحتى الحكم ببطلانها على أنها شركة قانونية غير مشوبه بأي شكل من أشكال الإنحراف عن القانون.

ويقصد بالشركة الفعلية ((**تلك التي لم يراع في تأسيسها القواعد القانونية، ومع ذلك استمرت بالعمل بشكل مشترك حتى يتقرر رسمياً أنها أصبحت غير موجودة ولا يمكن معاملتها على أنها لم توجد قط، كما لا يمكن النظر إليها على أنها مكتملة الشكل القانوني**))[1].

وينبني على هذا التحديد القانوني للشركة الفعلية أن جميع الأنشطة التي باشرتها الشركة والتي انبثق عنها علاقات قانونية مع الغير تعد قائمة فعلاً مما يعني التزام الشركة بجميع تعهداتها للغير خلال المدة بين قيامها وصدور الحكم ببطلانها[2].

ومما سبق يتضح أن الأثر الرئيس لإعمال نظرية الشركة الفعلية يتمثل في استبعاد الأثر الرجعي لبطلان الشركة وذلك في الجانب المتعلق بتصرفاتها مع الغير حتى صدور الحكم ببطلانها. غير أن تطبيق نظرية الشركة الفعلية لا يتم في جميع حالات البطلان، فإذا كان البطلان مطلقاً بأن كان ناشئاً عن مخالفة قواعد النظام العام أو الأداب العامة أو عدم مشروعية سبب الشركة أو محلها أو غياب أحد الشروط الخاصة بعقد الشركة كانتفاء نيه المشاركة أو تعدد الشركاء أو جود شرط الاسد في العقد أو عدم تقديم الحصص فلا محل لتطبيق نظرية الشركة الفعلية[3]، ويكون للشركاء أن يتمسكوا بهذا البطلان في مواجهة

---

(١) مفلح القضاة، المرجع السابق، ص ١٠٨، وكذلك عزيز العكليلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط١،منشورات دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ٦٧ وما بعدها.

(٢) عزيز العكليلي، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) انظر سميحه القليوبي، الشركات التجارية، ط٢، ١٩٨٨، ص ٥٨ وما بعدها، وكذلك فوزي سامي، المرجع السابق، ص ٣٦، وفي هذا السياق يمكن تعريف شرط الاسد الذي يعتبر سبباً لبطلان عقد الشركة بطلاناً=

الغير [١].

وباستبعاد البطلان المطلق فإن نطاق نظرية الشركة الفعلية يتحدد في الأحوال التي تبطل فيها الشركة بطلاناً نسبياً. أي إغفال الشكل الواجب إتباعه عند تأسيس الشركة، ويقصد بالبطلان النسبي للشركة ذلك البطلان الناشئ عن الإخلال بأحد الأركان الموضوعية للشركة المتعلقة بأحد الشركاء، كأن يكون الشريك ناقص الأهلية أو شاب إرادته عيبٌ من عيوب الرضا كـالغلط أو الإكراه عند تكوين الشركة[٢]، والرأي المُجْمع عليه لدى الفقه أن هذا النوع من البطلان هو الميدان الفسيح لتقرير وجود الشركة فعلياً[٣] حيث يحول تقرير وجود الشركة فعلياً دون انسحاب أثار البطلان على الماضي إذا ما تعلق الأمر بحقوق اكتسبها الغير حسن النية جراء تعاملاته مع الشركة.

على أنه ينبغي التفرقة فيما يتعلق بالبطلان النسبي، بين ما إذا كانت الشركة من شركات الأموال أو من شركات الأشخاص، فإذا كانت الشركة من شركات الأموال كشركة المساهمة

=مطلقاً بأنه: "اتفاق الشركاء على حرمان أحدهم من الربح أو إعطاء أحدهم كل الأرباح أو إعفاء أحدهم من الخسائر". وقد نصت على هذا الشرط المواد (٥٩٠) من القانون المدني الأردني و(٥١٥) من القانون المدني المصري و(٤٨٢) من القانون المدني السوري و(١٧٩) من قانون الشركات العراقي.

(١) مفلح القضاه، المرجع السابق، ص ٢٦٨، وعلى الرغم من استقرار غالبية الشراح على القول بان البطلان المطلق للشركة يحول دون إعمال فكرة الشركة الفعلية، فقد نازع بعض الشراح بأن لا ضرورة للتفرقة بين أنواع البطلان في هذا الخصوص على اعتبار أن الهدف من اعمال نظرية الشركة الفعلية هو حماية الغير حسن النيه المتعامل مع الشركة وأن جهل الغير بما يشوب عقد الشركة لا يختلف باختلاف سبب بطلان الشركة. انظر هذا الخصوص، ادوار عيد، الشركات التجارية، بيروت، ١٩٦٩، ص ١٠٠.

(٢) انظر ادوار عيد، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها. وكذلك سميحه القليوبي، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها. وعزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

(٣)المرجع السابق، ص ١٠١. والقليوبي، المرجع السابق، ص ٥٨. والعكيلي، المرجع السابق، ص ٥٦، وفوزي سامي، المرجع السابق، ص ٣٥.

مثلاً، وأنعدمت أحد الأركان الموضوعية الخاصة بأحد الشركاء فيها، فإن الشركة تبطل بالنسبه له ويمكن له أن يسترد حصته دون ان يشترك في الربح وتستمر الشركة، أما إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص فأنها ونظراً لقيامها على الاعتبار الشخصي، فإنها تعتبر باطلة ولكن هذا البطلان لا يمنع من قيام الشركة فعلاً، فتصفى فيها العلاقات على هذا الأساس[1].

أما الحالة الأخرى من حالات بطلان الشركة والتي لا تحول دون الاعتـراف بوجـود الشركة بصورة فعلية فهي حالة إغفال الشكل الواجب مراعاته عند إنشاء الشركة التجارية. وقد أخذ المشرع الأردني بهذه الحالة وأقر فكرة الشركة الفعلية في كل من القانون المدني وقـانون الشركات لسنة ١٩٩٧، فالمادة (٥٨٤) من القانون المدني التي حددت أثر البطلان الناتج عـن عدم كتابة عقد الشركة والمادة (١٥) من قانون الشركات تعدان السند القانوني للقول بالشـركة الفعلية[2] فقد نصت المادة (٥٨٤) مدني على أنه **((١-يجب أن يكون عقـد الشـركة مكتوبـاً. ٢-وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك في حق الغير....))**

أما المادة (١٥) من قانون الشركات فتنص **((إن التخلف عن التقيد بإجراءات التسجيل المنصوص عليها في المواد (١١) و (١٣) و (١٤) من هذا القانون لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلاً أو تقرير التغير الطارئ عليها لمصلحة الغير أو من تقريـر بطـلان الشـركة أو التغير لمصلحة الغير...)).**

---

(١) ادوار عيد، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٢) ذات الموقف اتخذه المشرع المصري، فيمكن إقامة الدليل على إقراره لفكرة الشركة الفعليـة مـن خـلال المادتين (٥٠٧) مدني مصري و(٥٤) من قانون التجارة لسنة (١٩٥١). كما اعترف المشرع السوري بنظريـة الشركة الفعلية وبذات الطريقة التي اعترف بها المشرعان الأردني والمصري، انظر المـادتين (٤٧٥) مـدني سوري و(٥٦) تجارة سوري، في حين لم يعالج المشرع العراقي مسألة بطلان الشركة، وجاء قانون الشـركات العراقي الجديد رقم (٣٦) لسنة (١٩٨٣) خالياً من أي نص لمعالجة بطلان الشركة، انظر نوري خاطر، الأثـر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٢٧.

وبمقتضى المادتين السابقتين، فإن عدم استيفاء الشكل الواجب مراعاته عند إنشاء الشركة لا يمكّن الشركاء من الاحتجاج به في مواجهة الغير ممن اكتسبوا حقوقاً على الشركة في الفترة الواقعة ما بين بداية تعاملاتهم معها وحتى الحكم ببطلانها، ولعل ذلك يأتي استجابة للضرورات العملية ورعاية لمصالح الغير حسن النية الذي إطمأن إلى قيامها وتعامل معها، ومما يؤكد هـذا المعنى ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الموقرة من حيث أن التخلف عن التقيد بـإجراءات التسجيل لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلاً لمصلحة الغير أو تقرير بطلانها لمصـلحته وأن للغير أن يحتج بقيام الشركة فعلاً رغم عدم تسجيلها أو يدعي ببطلانها[١].

وعلى الرغم من تقرير الوجود الفعلي للشركة رغم بطلانها حماية للغير حسن النية، فإن فقه القانون التجاري استقر على أن للغير الحق في التمسك ببطلان عقد الشركة فـي الماضـي مثلما أن له الحق في التمسك بالإبقاء عليها[٢]، فمثلاً للدائن الشخصي للشريك أن يتمسك ببطلان الشركة في الماضي ليتمكن من التنفيذ على حصة الشريك، وبالعكس فإن لدائن الشركة مصلحة في التمسك ببقاء الشركة صحيحه حتى الحكم ببطلانها ليتمكن من التنفيذ علـى رأسـمالها دون مزاحمة من الدائنين الشخصين للشركاء وفي حال تنازع مصالح الأغيار يفضل مصالح الدائنين الشخصين للشركاء.

---

(١) تمييز حقوق رقم ٣١٤ لسنة ٨٩، مجموعة المبادئ القانونية في القضايا الحقوقية ما بـين عـامي ١٩٨٩-١٩٩٢، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمه، ج ٧، قسم ٢، ص ٩١٨. وتمييز حقوق رقم ٨٧/٣١٤، مجلة نقابـة المحامين لسنة ١٩٨٧، ص ٦٢٠.

(٢) القليوبي، المرجع السابق، ص ٧٠، وادوار عيد، مرجع سابق، ص ١٠٨، واكـثم الخـولي، دروس فـي الشركات التجارية، ج٢، القاهرة، ١٩٦٩، دار النهضة العربية، ص٦٥.

ثانياً: حماية الغير حسن النية في إطار قاعدة تطهير الدفوع

تعد قاعدة تطهير الدفوع من أهم القواعد التي تحكم تداول الأوراق التجارية وما يقتضيه التعامل فيها من ثقة وائتمان. فالمستفيد من الورقة التجارية له أن ينقل ملكية الحق الثابت في السند إلى شخص آخر عبر تظهير السند إليه، وهذا الشخص الذي يعد غيراً يسمى حاملاً للورقة التجارية.

ونظراً لما تنطوي عليه عملية التداول هذه للورقة التجارية من خطورة قد تمس حق الحامل الأخير للورقة فقد اسبغ المشرع حماية على هذا الحامل، وتتجلى هذه الحماية بعدم تمكين من أقيمت عليه دعوى بسندٍ سحب أن يحتج في مواجهة حامل السند حسن النية بالدفوع الناشئة او المستمدة من علاقته بساحب السند أو بحملته السابقين. وهذا ما قررته المادتان (١٤٧) و(١٤٩-٣) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ حيث تنص المادة (١٤٧) على أنه: ((**ليس لمن أقيمت عليهم دعوى السند سحب أن يحتجوا على حامله بالدفوع المبنية على علاقتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين**))[١] كما تنص المادة (٣/١٤٩) من قانون التجارة على أنه: ((**... ٣- وليس للمسؤولين عن السند أن يحتجوا على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين**))[٢].

---

(١) تقابل المواد (٤٣٣) من قانون التجارة السوري و(٥٧) من قانون التجارة العراقي والمادة (٧) من اتفاقية جنيف الموحدة في حين خلا التشريع المصري من نص يقرر قاعدة تطهير الدفوع إلا أن الفقه والقضاء في مصر مستقران على اعتبارها من قبيل العرف التجاري، لمزيد من الإيضاح راجع سميحة القليوبي، عمليات البنوك والأوراق التجارية، القاهرة، ١٩٨٦، دار النهضة العربية، ص ٢٤١.

(٢) تقابل المادتين (٤٣٥) سوري و(٥٩) عراقي.

وعلى ذلك جرى قضاء محكمة التمييز حيث تواترت أحكامها على أن التظهير الناقل للملكية يحول دون قيام المدين الأصلي (الساحب) بالتمسك في مواجهة الحامل حسن النية (المظهر إليه) بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر[1].

ومما سبق يتبين أن حماية الغير حسن النية في إطار قاعدة تطهير الدفوع مقيدة بأن يكون التظهير ناقلاً للملكية وبأن تكون الدفوع مما يمكن تطهيرها بالتظهير وبحسن نيه الغير (الحامل).

وسوف نعرض لهذه القيود تباعاً:

١- أن يكون التظهير ناقلاً للملكية أو تظهيراً تأمينياً، وبناءاً عليه فلا محل لإضفاء الحماية عبر تقرير قاعدة تطهير الدفوع إذا انتقل السند بطريق التظهير التوكيلي أو عن طريق الإرث أو الوصية أو الحوالة المدينة[2]، ويتفرع عن هذا الشرط أن يكون الحامل أجنبياً عن العلاقة الناشئ عنها الدفوع فيما بين المدين الأصيل في السند والمظهر، وهذا هو جوهر الحماية، لأن كون الحامل أجنبياً فإنه بذلك تتحقق صفة الغيرية بالنسبة له وينطبق عليه وصف الغير.

٢- أن تكون الدفوع مما يمكن تطهيرها بالتظهير، ذلك أن هناك دفوع لا يطهرها التظهير، مما يترتب عليه جواز تمسك المدين الأصلي بها في مواجهة الغير حسن النية، ومن قبيل هذه

---

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن "التظهير التام ينقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية إلى المظهر إليه حسن النيه بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر" نقض مصري ٧٠/٦٦١ مجموعة أحكام النقض المصرية في المواد التجارية، إعداد معوض عبد التواب، ص ٣٢٢.

(٢) محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني، الأوراق التجارية، عمان، ١٩٩٠، ص ١٤٨.

الدفوع، تلك الناشئة عن إغفال البيانات الإلزامية أو بعضها أو أي بيان اختياري آخر[١] أو الدفوع الناشئة عن عدم الأهلية أو نقصها[٢] أو الدفوع القائمة على تزوير التوقيع أو بعض البيانات الإلزامية[٣]. وعلّة جواز التمسك بهذه الدفوع في مواجهة حسن النية تتمثل في أن الحامل لا يُعْذَر بجهله بتلك الشروط إذ يكفيه الإطلاع على السند لكي يتحقق من عيوبه أو شروطه.

أما الدفوع التي يطهرها التظهير ويمتنع الاحتجاج بها في مواجهة الحامل حسن النية فهي الدفوع الناشئة عن عدم مشروعية سبب السند أو انعدامه أو الناشئة عن عيوب الإرادة ذات الطابع الشخصي كالتغرير مع الغبن أو الغلط[٤]. ومرد ذلك أن عدم مشروعية سبب السند أو عيوب الإرادة غير ظاهرة في السند مما يتعذر معه على الحملة المتعاقبين أن يتقصوا عن ظروف التزام كل موقع على السند [٥] كما لا يجوز الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن بطلان العلاقة الأصلية أو فسخها أو انقطاعها بين المدين الأصلي والمظهر[٦].

---

(١) القليوبي، علميات البنوك، مرجع سابق، ص ٢٤٣، وادوار عيد، الإسناد التجارية، ١٩٦٦، مطبعة النجوى، بيروت، ص ٢٦٥، وأكرم ياملكي، الأوراق التجاري، عمان، ١٩٩٩، مطبعة دار الثقافة، ص ١٤٣.

(٢) ياملكي، المرجع السابق، ص ١٤٣، ومحمد حسني عباس، الأوراق التجارية، ١٩٧١، دار النهضة العربية، ص ٨٥.

(٣) عباس، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها. وياملكي، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٤) انظر ياملكي، المرجع السابق، ص ١٤٠-١٤١.

(٥) عباس، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

(٦) عيد، الإسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٢٧١، وفي هذا الخصوص فقد نص المشرع المصري صراحة في المادة (١٠٨) من قانون التجارة على أن صورية السند من الدفوع التي يطهرها التظهير وبالتالي لا يجوز للمدين الصرفي أن يحتج بها قبل الحامل، أنظر تفصيل ذلك لدى عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، القاهرة، ١٩٧٢، إصدار المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، ص ٧٦.

٣- توافر حسن النية لدى الحامل ومقتضى حسن النية لدى الحامل انتفاء قصد الإضرار بالمدين، بإلا يكون عالماً بأن ثمة دفوع يملكها المدين الأصلي يمكنه إثارتها في مواجهة المستفيد[١]. كما يقتضي حسن النية لدى الحامل ألا يكون متواطئاً مع المظهر بقصد حرمان المدين الصرفي من حقه في توجيه الدفوع، فإذا ثبت توافر نية الإضرار بالمدين الصرفي لدى المظهر إليه بالتواطؤ مع المظهر كان سيئ النية[٢]، وفقد حمايته. وعدم علم الحامل بالدفوع، أو عدم تواطئه مع المظهر للإضرار بالمدين الصرفي يشكلان معاً معياراً يمكن لمحكمة الموضوع من خلاله أن تتثبت من حسن أو سوء نية الحامل، وهذا ما أكدته محكمة التمييز حيث قضت بأن : ((**القاعدة القانونية تقتضي أن يكون الحامل حسن النية، والحامل لا يحتاج للتدليل على حسن نيته وإنما يقع عبء الإثبات على مدعي سوء النية بأن يثبت بأن هناك تواطئاً بين المظهر والمظهر إليه بقصد إلحاق الضرر به وأن يثبت الكيفية التي وقع بها التواطؤ**))[٣].

الفرع الثاني

حماية الغير حسن النية في نطاق القانون العام

لا تقتصر حماية الغير حسن النية على القانون الخاص وإنما تتعداه لتظهر في نطاق القانون العام، ولكن بصورة أقل بكثير مما هي عليه في القانون الخاص. ذلك أن القانون الخاص هو المجال الذي تتشابك فيه العلاقات الفردية بعضها مع البعض الآخر على نحو يؤدي في بعض الأحيان إلى بروز أوضاع قانونية تستدعي الترجيح بين المراكز القانونية أما في القانون العام فأن احتمالات بروز التنازع في المراكز القانونية، أقل بكثير مما هو عليه الحال في القانون

(١) القليوبي، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) عيد، الإسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٢٦٦، والكيلاني، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٣) تمييز حقوق رقم ٨٣/٢٧، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٣، عدد ٥٤٥.

الخاص نظراً لدخول الدولة طرفاً في العلاقات القانونية التي يحمها القانون العام. وعلى الرغم من ذلك فإن فكرة حماية الغير حسن النية وجدت لها سبيلاً إلى القانون العام وبالتحديد في القانون الإداري وفي قانون العقوبات. وعليه فسوف نبحثهما في البندين التاليين:

أولاً: حماية الغير حسن النية في نطاق القانون الإداري

يمكن القول أن النشأة القضائية للقانون الإداري ساهمت بشكل كلي في إبراز فكرة الغير حسن النية في نطاقه، إلى حيز الوجود، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي في معرض قيامه بدوره الإنشائي الكبير لقواعد ونظريات القانون العام قد كرس نظرية الظاهر – ذات الأصل المدني – في نطاق القانون الإداري[1]، وترتب على ذلك أن تجسدت حماية الغير حسن النية في نطاق القانون الإداري في ثلاثة مظاهر أساسية:

١- استبعاد النتائج المترتبة على سحب القرارات الإدارية إذا أضرت بحقوق الغير حسن النية

سحب القرار الإداري هو تجريده من قوته القانونية بالنسبة للماضي والمستقبل فتزول كل أثاره القانونية ويعتبر كأن لم يكن، وذلك بقرار آخر يصدر من السلطة الإدارية[2]. غير أن هذه النتيجة قد يترتب عليها الإضرار بحقوق الغير الذي أجرى معاملاته استناداً لوجود هذا القرار ودون أن يكون عالماً ببطلانها وتظهر العلاقة بين استبعاد النتائج المترتبة على سحب القرارات الإدارية وحماية الغير حسن النية في أجلى صورها في الإبقاء على بعض آثار القرار الفردي رقم سحبه[3] فالقرار الصادر من الموظف الظاهر مصيره إعدام

---

(١) ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج٢، العمل الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦، ص ٧١٨ وما بعدها، وكذلك الحلو، مرجع سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

(٣) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٧١٩.

الاثار الناشئة عنه بالنسبة للماضي والمستقبل غير أن اعتبارات حماية الغير حسن النية دعت إلى الإبقاء على بعض آثاره.

٢-حماية الغير حسن النية من النتائج المترتبة على بطلان العقود الإدارية

العقد الإداري هو عقد تبرمه الإدارة مستخدمة فيه أساليب القانون العام. ومن قبيل العقود الإدارية التي تظهر فيها حماية الغير حسن النية بصورة جلية عقود امتياز المرافق العامة. فهذه العقود قد يتضح بطلانها بعد أن يكون الجمهور قد أجرى تعاملاته مع المتعاقد مع الإدارة دون أن يكون عالماً بأوجه بطلان العقد. والأصل أن يرتب البطلان كافة نتائجه غير أن من العدل والمصلحة ألا يؤثر هذا البطلان على حقوق المنتفعين الذين تعاملوا مع الملتزم على أساس صحة عقد الامتياز ولم يكن من المتاح لهم معرفة سبب البطلان.

٣-حماية الغير حسن النية في إطار نظرية الموظف الفعلي

تعتبر نظرية الموظف الفعلي أهم تطبيقات حماية الغير حسن النية في نطاق القانون الإداري، بل وفي القانون العام كله ويعود الفضل في إرساء قواعد هذه النظرية لمجلس الدولة الفرنسي والذي أرساها في معرض نظره للدعاوى التي راعى فيها ضرورة الحفاظ على استقرار التعامل وحماية المصلحة العامة(١). ومقتضى نظرية الموظف الفعلي، الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة من شخص لا ستند إلى أي سند قانوني في إجراءها(٢)، فالموظف الفعلي هو ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة متخذاً مظهر

---

(١) لا تبرز حماية الغير حسن النية في إطار نظرية الموظف الفعلي بشكل عام، ذلك أن الموظف الفعلي له مظهرين، أولهما المستند إلى فكرة المظهر، حيث تبرز حماية الغير حسن النية، وثانيهما المستند إلى فكرة الضرورة، حيث يتم إقرار تصرفاته دون النظر إلى حسن نية الغير. انظر تفصيل ذلك لدى مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني للموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣١٠ وما بعدها.

(٢) ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٥٨.

الموظف القانوني المختص، فاعتبر القضاء تصرفاته صحيحة حماية للغير حسن النية وضماناً للثقة المشروعة في تصرفات الإدارة. وتنحصر حالات مخالفة القانون في ممارسة اختصاصات الوظيفة أما في مباشرته الشخصية لاختصاصات الوظيفة دون سبق صدور قرار بتعينه فيها أصلا، وهو ما يعرف بعدم التولية أو لبطلان قرار تعينه في الوظيفة بأحد أسباب البطلان التي تلحق بالقرار الإداري بصفة عامة أو لاستمراره في إشغال الوظيفة رغم فصله منها أو إحالته على التقاعد[1].

فإذا تحققت هذه الحالات فيمن شغل الوظيفة عُدَّ موظفاً فعليا وتوافر بالتالي الركن المادي لحماية الغير الذي اكتسب مركزاً قانونياً جراء القرارات والأعمال التي قام بها الموظف الفعلي وتعين بالتالي توافر الركن المعنوي الخاص بالغير محل الحماية والمتمثل بتوافر حسن النية لديه بأن يثبت اعتقاده اعتقاداً جازماً بأن من يشغل الوظيفة هو صاحبها فعلا ويملك كافة الاختصاصات والصلاحيات التي تخولها إياه الوظيفة، فإذا ما توافر هذان الركنان المادي والمعنوي اعتبرت جميع التصرفات والقرارات الصارة عن الموظف الفعلي صحيحة ومرتبة لأثارها[2].

ثانياً: حماية الغير حسن النية في نطاق قانون العقوبات

تظهر هذه الحماية، في تقييد المشرع الجزائي المصادرة الخاصة كعقوبة "بعدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية" وقد جاء هذا التقييد في المادة (٣٠) من قانون العقوبات والتي تنص **((مع مراعاة حقوق الغير ذي النية الحسنة، يجوز مصادرة جميع الأشياء التي حصلت نتيجة لجناية أو جنحة مقصودة أو التي استعملت في ارتكابها أو كانت معدة لاقترافها أما في الجنحة**

---

(١) ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) مجدي عز الدين، مرجع سابق، ص ٣١٥، وماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٦٦.

غير المقصودة أو المخالفة فلا يجوز مصادرة هذه الأشياء إلا إذا ورد في القانون نص على ذلك)).

وهذا التقييد أمر طبيعي لأن المصادرة كعقوبة يجب ألاّ ترد إلا على مالٍ مملوك للجاني إعمالاً لمبدأ شخصية العقوبة[١]. غير أنه قد يحدث أن الشيء بالرغم من ملكيته للجاني وقت ارتكاب الجريمة إلا أنه تصرف فيه بعد ذلك وقبل اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى بحيث أصبح وقت الحكم مملوكاً للغير، أو أن يكون بالرغم من بقاء ملكيته للجاني إلا أن للغير حقوقاً عينية أخرى على الشيء كحق الانتفاع أو الرهن، ففي هذه الفروض التي يكون فيها للغير على الشيء حق ملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ينبغي مراعاة حقوق الغير حسني النية، طالما أن هذه الحقوق ثابتة وقت وقوع الجريمة أو بعد وقوعها وقبل اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجزائية[٢]. ويقصد بالغير هنا كل من كان أجنبياً عن الجريمة، أي كل من لا يعد فاعلاً لها أو شريكاً فيها[٣]. وحسن نية الغير يعني أنه لا يتوافر لديه قصد أو خطأ بالنسبة للجريمة. بمعنى أنه لم يكن عالمٌ بأن الشيء الذي تعلق به حقه قد حصل أن استخدم أو أعد للاستخدام في ارتكاب الجريمة أو كان مترتباً عليها[٤].

ولفظ (الحقوق) التي لا يجوز الإخلال بها جاء عاماً فلا يقتصر على حق الملكية بل يشمل كذلك الحقوق العينية المتفرعة عنها كحق الانتفاع والرهن. كما يجب أن يكون حق الغير

---

(١) انظر علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية للكتب، ١٩٩٤، ص ٣٥٣، وكذلك جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٨٦.

(٢) انظر محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، ص ٦٨١.

(٣) جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٤) محمود إبراهيم إسماعيل، المرجع السابق، ص ٦٨١، وجميل الصغير، المرجع السابق، ص ٨٧.

قد نشأ في وقت سابق على ارتكاب الجريمة حتى يمثل وضعاً قانونياً مستقراً سابقاً على الجريمة فلا تمس به هذه الأخيرة[١]، كما تمتد حماية القانون إلى من نشأ حقه على الشيء في الفترة المنحصرة بين ارتكاب الجريمة واتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجزائية في شأنها إذا كان غير عالم باستعمال الشيء في الجريمة أو تحصله منها[٢].

ولا تعني حماية حقوق الغير حسن النية عدم جواز المصادرة إطلاقاً، وإنما تعني أن ملكية الشيء الذي توافرت فيه شروط المصادرة تنتقل إلى الدولة محملة بحقوق الغير، فإذا كان للمتهم شريك في ملكية الشيء صودر الشيء في الجزء الخاص بالجاني، فتحل الدولة محله في ملكيته دون إخلال بحقوق الغير حسن النية[٣].

---

(١) محمود إبراهيم إسماعيل، المرجع السابق، ص ٦٨١ وجميل الصغير، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٥٤١.

(٣) جميل الصغير، المرجع السابق، ص ٨٧.

المبحث الثاني

طبيعة الحماية وتمييزها عمّا يشتبه بها

تمهيد:

سلف القول، أن إقرار حماية الغير حسن النية وتكريسها في بعض صور التعامل لا يعدو كونه تخفيفاً من صرامة بعض القواعد العامة في القانون المدني ونظراً لذلك فإن هذا النهج يقع في نطاق استثنائي مشروط، ومرد ذلك خطورة آثار هذه الحماية في بعض الأحيان، ذلك أن حماية الغير حسن النية وتفضيل مصلحته على مصلحة صاحب الحق قد يعني إهدار حق الملكية الذي هو محل احترام النظام القانوني كله والذي يعتبره حقاً دائماً ومطلقاً، كما أن القوانين المدنية مهما بلغ نزوعها للوجهة الاجتماعية فإنها لا يمكن أن تجعل الحقوق الفردية الثابتة والمستقرة مثاراً للتنازع أو عرضة للتفاضل بصورة دائمة.

وصفوة القول فأن هذه الحماية لا ترقى أن تكون قاعدة عامة في القانون المدني وإنما هي استثناء قد يقع على النظم ذات الأثر الرجعي كالبطلان والفسخ والعقد الموقوف وقد يقع على بعض المبادئ المستقرة في القانون الوضعي كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ نسبية آثار العقد وسريان التصرف القانوني. وفضلاً عن الطبيعة الاستثنائية للحماية، فإنها ترتكز على مفهوم محدد لحسن النية مما يجعلها متميزة عن بعض أوجه الحماية المقررة. وتأسيساً على ما سبق فسوف نتناول طبيعة هذه الحماية وتمييزها عبر مطلبين نخصص الأول لدراسة الطبيعة الاستثنائية ونخصص الثاني لدراسة تميز الحماية عما يشتبه بها من صور أخرى لحماية الغير.

المطلب الأول

الطبيعة الاستثنائية للحماية

الفرع الأول

استثناء على النظم ذات الأثر الرجعي

إن أهم ما يميز حماية الغير حسن النية أنها تورد قيوداً على الأثر الرجعي وذلك في الحالات التي يشوب فيها التصرف –الذي اكسب الغير حسن النية حقاً– ما يستدعي زوال جميع آثار هذا التصرف واعتباره كأن لم يكن بالنسبة للماضي أو للمستقبل. ولتوضيح ذلك نتكلم في هذا الفرع عن الاستثناءات التي أوردها المشرع عن الأثر الرجعي لفسخ التصرف أو بطلانه أو وقفه وذلك عبر ثلاثة بنود.

أولاً: استثناء على الأثر الرجعي للفسخ

من المعروف أن للفسخ أثرٌ رجعي، بحيث يعتبر التصرف المفسوخ كأنه لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[١]. ويثبت الأثر الرجعي للفسخ في العقود الملزمة للجانبين سواء كان ناشئاً عن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته أو عن تعيب إرادة أحد العاقدين بغلطٍ في الواقع أو القانون[٢].

ولا يقتصر سريان الأثر الرجعي للفسخ على أطراف العلاقة التعاقدية وخلفهما العام بل يمتد ليشمل الغير[٣]، ويتمثل سريان الأثر الرجعي للفسخ في مواجهة الغير بزوال كافة الحقوق

---

(١) المادة (٢٤٨) مدني أردني.

(٢) المواد (٢٤٦)، (١٥٣)، (١٥٤) مدني أردني.

(٣) مصطفى الجارحي، فسخ العقد، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢٣.

التي اكتسبها على المال الذي كان موضوعاً للعقد المفسوخ نتيجة التصرف الذي أجراه مع من زالت ملكية بأثر رجعي بسبب الفسخ.

غير أن المشرع الأردني قد أورد استثناءاً على الأثر الرجعي للفسخ حماية للغير حسن النية. ويتضح هذا الاستثناء من خلال الاعتراف بصحة التصرف الصادر إلى الغير حسن النية من شخص زالت ملكيته للعقار أو المنقول بأثر رجعي نتيجة لفسخ التصرف الذي اكسبه ملكية العقار أو المنقول ابتداءاً. واعتراف المشرع بصحة التصرف الصادر إلى الغير على الرغم من زوال ملكية المتصرف بالمال يكسب هذا التصرف مفهوم السبب الصحيح الذي هو شرط لاكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير والمنقول استناداً لقاعدة الحيازة في المنقول.

وقد نظم هذا الاستثناء المادتان (١١٨٢) و(١١٨٩) من القانون المدني حيث تنص المادة (١١٨٢) على أن: ((**١- إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقترنت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات**)).

أما المادة (١/١١٨٩) فتنص على أنه: ((**لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية**)).

ومقتضى الاستثناء على الأثر الرجعي للفسخ من خلال ما ذكرناه يتجلى في أن صدور التصرف أصلاً من صاحب الحق، قد يعتبر منْ بعد تصرفاً صادراً من غير صاحب الحق إذا كان سند هذا المتصرف مهدداً بالزوال ثم زال بأثر رجعي نتيجة للفسخ. فإذا فسخ سند المالك المتصرف أعتبر التصرف الصادر منه قبل هذا الزوال تصرفاً صادراً من غير مالك تبعاً لمقتضيات الأثر الرجعي للفسخ، غير أن هذا التصرف وبرغم صدوره من غير مالك يعد سبباً صحيحاً، فيمكن للمتصرف إليه إذا كان حسن النية ومضت سبع سنوات على حيازته للعقار

المتصرف فيه من توقي آثار زوال سند المتصرف زوالاً رجعياً بالتمسك بالتقادم القصير استناداً إلى إنه بهذا الزوال يعتبر هذا التصرف سبباً صحيحاً فيكتسب بهذا التقادم القصير ملكية العقار المتصرف فيه دون أن يتأثر بالزوال الرجعي لسند المالك المتصرف[١] وذات المنطق يفرض نفسه في حالة المنقول، فإذا كان المتصرف بالمنقول مالكاً له وقت إجراء التصرف ثم زال سبب ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ، فإن الغير حسن النية لا يطاله الأثر الرجعي للفسخ فيكون له تملك المنقول استناداً لقاعدة الحيازة في المنقول[٢].

وعلى الرغم من أهمية هذا الاستثناء، فإن المشرع الأردني قد اقتصر عليه في معرض تقييده للأثر الرجعي لفسخ التصرفات القانونية حماية للغير حسن النية وهو ما يخالف ما اتجهت إليه التشريعات المدنية من توسيع دائرة الاستثناء على الأثر الرجعي للفسخ، فالمشرع المصري في معرض حمايته للغير حسن النية أورد بالإضافة إلى الاستثناء الذي أورده المشرع الأردني العديد من الاستثناءات على الأثر الرجعي للفسخ، حيث أحاط بالحماية الدائن المرتهن رهناً تأمينياً في حال زوال ملكية الراهن للمال المرهون بأثر رجعي حيث قضت المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري على أنه ((**يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاءه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن**)) .

كما جاء قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١٤٤) لسنة ١٩٦٤ باستثناء هام جداً على الأثر الرجعي للفسخ عبر إحاطته الغير الذي تلقى حقاً عقارياً وهو حسن النية بحمايته إذا كان الغير قد تلقى حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ إذا كان الغير حسن

---

(١) لمزيد من الإيضاح راجع حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الرابعة، ١٩٩٥، منشأة دار المصارف، ص ٤٩٨.

(٢) انظر مصطفى الجارحي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص ١٢٤.

النية قد تلقى حقه بتاريخ سابق على تسجيل دعوى البطلان وقد تضمنت هذا الاستثناء الهام المادتان (١٥) (١٧) من القانون حيث تنص المادة (١/١٥) على أنه: ((**يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو –أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع**)) في حين تنص المادة (١٧) على انه: ((**١–يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة في المادة (١٥) أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية وابتداءاً من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها ٢–ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة**)).

ومن الاستثناءات التي قررها المشرع المصري على الأثر الرجعي للفسخ ما تضمنته المادة (٢/٤٢٦) من القانون المدني المصري في شأن دعوى الفسخ بسبب عدم تكمله ثمن بيع عقار القاصر بغبن يزيد على الخمس[١] فقد نصت المادة المذكورة بأنه: ((**ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع**)) وقوام حماية الغير حسن النية في هذه الحالة يتمثل في أنه إذا حكم للقاصر بالفسخ، فإن هذا الحكم لا يحتج به على الغير حسن النية الذي تلقى من المشتري حقاً عينياً على العقار المبيع سواء بالنسبة لتكملة الثمن

---

(١) وهي الدعوى المنصوص عليها في المادة (٤٢٥) من القانون المدني المصري ويشترط لرفعها أن يكــون المبيع عقاراً سواء كان حق ملكية أو أي حق عيني آخر وارداً عليه وأن يكون العقار مملوكاً لشخص قاصر أو ناقص الأهلية وأن يقع في المبيع غبن يزيد على خمس ثمن المثل وأن يقع الغبن على البائع لا على المشــتري وألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني، انظر تفصيل ذلك لدى سليمان مرقس، عقد البيع، القــاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٣٣-٢٣٤.

أو بالنسبة لدعوى الفسخ بسبب عدم سداد المشتري فرق الثمن المحكوم به[1]، وكذلك لا يحتج بالحكم بالفسخ على من تلقى حقاً عينياً آخر غير الملكية من المشتري الذي قصر عن تكملة الثمن فيترتب على الفسخ عودة المبيع إلى البائع ولكن محملاً بالحق العيني الذي ترتب عليه لصالح من تلقى ذلك الحق من المشتري المذكور[2].

كما قرر المشرع المصري استثناءاً آخر لحماية الغير حسن النية من الأثر الرجعي للفسخ الناشئ عن تحقق الشرط الفاسخ، فقد قضت المادة (٢/٢٦٩) من القانون المدني المصري باستبعاد الأثر الرجعي الناشيء عن تحقق الشرط الفاسخ، وذلك فيما يتعلق بأعمال الإدارة الصادرة عن الدائن فقد نصت المادة المذكورة "**إن أعمال الإدارة التي تصدر عن الدائن تبقى رغم تحقق الشرط**" وتطبيقاً لهذا الاستثناء لو أن متصرفاً بالإيجار كانت ملكيته لما تصرف فيه معلقة على شرط فاسخ كان يجهله المستأجر المتصرف إليه الذي قام باستئجار الشيء محل التصرف المعلق خلال فترة التعليق ثم تحقق الشرط الفاسخ وزالت بتحققه ملكية المشتري للشيء كنتيجة للأثر الرجعي للفسخ والذي يترتب من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط، فيغدو تصرفه بالإيجار خلال فترة التعليق صادراً من غير مالك[3]، إلا أن المشرع المصري ومن باب رعايته للغير حسن النية قد آثر الخروج على القواعد العامة والقاضية بوقوع مثل هذا التصرف قابلاً للإبطال في حق المستأجر، فاعتبر الإيجار الصادر من المالك الذي

---

(١) مرقس، المرجع السابق، ص ٢٣٦، وخميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع، ط١، ١٩٧٩، ص ١٠٦- ١١١.

(٢) انظر خميس خضر، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) انظر السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٨٤١.

زالت ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ نافذاً في حق المالك الأصلي ويعود العقار إليه محملاً به[١].

ولفداحة النتائج المترتبة على فسخ عقود الإدارة بالنسبة للغير حسن النية فقدساير المشرعان العراقي والسوري نظيرهما المصري في هذا الخصوص فأوردا استثناءاً مهماً على الأثر الرجعي للفسخ إذا ما طال عقداً من عقود الإدارة إذا كان من شأن ذلك المساس بحقوق اكتسبها الغير حسن النية على الشيء موضوع التصرف المفسوخ، فقد نص المشرع العراقي صراحة على بقاء أعمال الإدارة في حال تحقق الشرط الفاسخ المقترن بالعقد، ويظهر ذلك من خلال ما تقرره المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص: **((على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط))**[٢].

وكذلك فعل المشرع السوري حيث نصت المادة (٢/٢٦٩) **((على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط))**.

كما توسع المشرع السوري في الحد من الأثر الرجعي للفسخ في سبيل حماية الغير حسن النية حيث يمكن الاستناد إلى المادة (٤) من القرار (١٨٨) من السجل العقاري السوري والتي تنص **((يعتبر التسجيل مغايراً للأصول إذا أجري بدون حق وكل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الإدعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث سيئ النية))** كما جاء في المادة (١٥) من ذات القرار **((.... ولا يمكن في أي حال من الأحوال الاعتراض**

---

(١)السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٨٤١.

(٢) ذهب مشروع القانون المدني العراقي إلى الحد من الأثر الرجعي للفسخ عبر تكريسه قاعدة عامة في هذا الخصوص تضمنتها المادة (٤٠٩) من المشروع والتي تنص (لا يؤثر فسخ العقد على حقوق اكتسبها الغير بحسن نية قبل الفسخ).

بالإلغاء أو التحوير تجاه الأشخاص الآخرين ذوي النية الحسنة والقرار الذي يعطي بالإلغاء أو التحوير لا يمكنه أن يقرر إلغاء الحقوق المكتسبة والمقيدة قانوناً قبل القيد المختلف فيه))[١] .

وظاهر من هذين النصين أن الغير حسن النية يكون بمأمن من الأثر الرجعي لفسخ البيوع العقارية فتظل حقوقه التي اكتسبها على العقار ثابتة في مواجهة المالك الحقيقي[٢].

ثانياً: استثناء على الأثر الرجعي للبطلان

يعتبر البطلان أهم النظم التي تؤدي إلى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي، ومنطق ذلك يستلزم القول بأن البطلان يجب أن لا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط، بل يتعين أن يتعداهما إلى الغير أيضاً، أي أولئك الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل فاكتسبوا بذلك حقوقاً على الشيء موضوع التصرف.

ونظراً لطبيعة البطلان، فقد جاء الاستثناء الوارد على الأثر الرجعي له حماية للغير حسن النية محدوداً، ولو تفحصنا هذا الاستثناء لوجدناه يتمثل في صورتين، تتعلق اولاهما بحماية الحائز حسن النية وثانيهما بالشركة الباطلة.

(١) تجدر الإشارة إلى أن أحكام السجل العقاري السوري وردت في القرارين رقم (١٨٨) و(١٨٩) الصادرين في ٥ آذار لسنة ١٩٢٦ وقد عدل القرار الأول بالقرار رقم (٤٥) وثانيهما بالقرار رقم (٤٦) الصادرين في ٣٠ نيسان لسنة ١٩٣٢. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، ط١، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ١٤٣.

(٢) سوار، المرجع السابق، ص ١٤٣، هامش رقم ٢.

١- حماية الحائز حسن النية:

أ- بالنسبة للمنقولات: فإن المقرر بصددها وفقاً لما تقضي به المادة (١١٨٩) من القانون المدني أن الحيازة في المنقول تتجسد في سند الملكية، وإذن فإنه يكون من حق الشخص الذي حاز منقولاً بسبب صحيح وتوافر فيه شرط حسن النية وقت حيازته أن يتمسك بهذه الحيازة ليواجه الدعوى التي يرفعها ضده المالك الحقيقي لهذا المنقول.

ويظهر الاستثناء الوارد على الأثر الرجعي على البطلان في هذه الحالة بأنه وعلى افتراض بطلان التصرف الجاري فيما بين الغير والمالك الظاهر للمنقول، فإن هذا التصرف يعد سبباً صحيحاً يمكّن الحائز للمنقول من حيازته بحيث تقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية[1].

ب- بالنسبة للعقارات، ويخضع لنفس المنطق السابق بيانه في حالة المنقول، فيصبح التصرف الباطل الجاري ما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر للعقار سبباً صحيحاً يمكّن الغير من تملك العقار بالتقادم القصير المكسب حسب ما تقضي المادة (١١٨١) مدني.

٢- الاستثناء المتعلق بالشركة الباطلة

فقد قضى المشرع في المادة (٥٨٤) مدني في شأن بطلان الشركة بأنه: ((**وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك على حق الغير...**)) وذلك بعد أن قضى في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه: ((**يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً**)) وظاهر أن هذه الحالة ترتب كافة الآثار

(١) انظر في هذا الخصوص، جبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الجزائر، ص ٣٧٩ وما بعدها.

الناشئة عن نشاط الشركة الغير مكتملة الشكل الذي يفرضه القانون إذا كان من شأن ذلك الحفاظ على حقوق الغير حسن النية التي اكتسبوها جراء تعاملهم مع الشركة[١].

وفيما عدا هذه الحالات فإن البطلان يزيل كافة الآثار الناشئة عن التصرف حتى لو أضر ذلك بحقوق الغير حسن النية[٢]. وإذا كانت هذه النتيجة مقررة في ظل القانون المدني الأردني الذي لا يعرف سوى مفهوم واحد للبطلان، فإن الاختلاف يثور في ظل القوانين المدنية التي تأخذ بمفهوم مزدوج للبطلان، ووجه هذا الاختلاف يتمحور حول مدى اعتبار التطبيقات التشريعية لحسن النية خروجاً على الأثر الرجعي للبطلان بشقيه، المطلق والنسبي أن ينحصر في البطلان النسبي وحده، في الإجابة على هذا التساؤل ترى طائفة من شرّاح القانون المدني المصري والذي يأخذ بالمفهوم المزدوج للبطلان أن التطبيقات التشريعية لحماية الغير حسن النية كالمادة (١٧) من قانون تنظيم الشهر العقاري والمادة (١٠٣٤) من القانون المدني تعتبر استثناءاً على البطلان النسبي فقط[٣]، ويرون أن هذين النصين واللذين يعتبران استثناءاً على الأثر الرجعي للبطلان لا يوفرا الحماية للغير حسن النية من الأثر الرجعي إلا إذا كان سند ملكية المتصرف معه قابلاً للإبطال، أي باطلاً بطلاناً نسبياً، أما إذا كان سند ملكية المتصرف مع الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً، فلا يحاط الغير بالحماية، لأن التصرف بالباطل بطلاناً مطلقاً هو تصرف

---

(١) انظر السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٨٠٤، وتوفيق فرج، المرجع السابقن ص ٢٧١ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا الخصوص، محمد الزعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة الخامسة والثلاثين، عمان، ١٩٨٧، ص ١٦٧ وما بعدها، وكذلك سالم الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥٧.

(٣) انظر هذا الرأي لدى عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٧٩، وسمير تناغو، التأمينات العينية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٧٢، وسليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٧٣.

معدوم الأثر بين طرفيه. وفي الجانب المقابل يرى بعض الشراح أن حماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الباطلة لا تختلف سواء كان سند ملكية المتصرف مع الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، لأن الحكمة من حمايته في الحالتين واحدة[1].

ثالثاً: استثناء على الأثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف

العقد الموقوف هو **((التصرف المشروع باصله ووصفة والذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً))**[2] وقد حدد المشرع الأردني الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً في المادة (١٧١) حيث نصت **((يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان**

---

(١) انظر هذا الرأي لدى عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٧٤، ص ١، ٤-٥، وكذلك نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٢١٩، وعز الدين عبد الله،حماية خاصة بالدائنين المرتهنين، مشار لرأيه لدى نوري خاطر، ص ٢٢٠.

(٢) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٤٣، وانظر في التعريفات الفقهية والاصطلاحية للعقد الموقوف، ذات المرجع، ص ٢٩-٤٤، وتجدر الإشارة إلى ان المشرع الأردني والتشريعات التي أخذت عنه كالمشرع الإماراتي والسوداني قد أخذت بنظام العقد الموقوف وحاكاها في ذلك المشرعان العراقي والكويتي وقد نقلت هذه التشريعات أحكام العقد الموقوف عن الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية المادة (٣٦٨) في حين أخذت باقي التشريعات المدنية ومن ضمنها التشريعين المصري والسوري بنظرية العقد القابل للإبطال وهو نظام يتفق تقريباً مع نظام العقد الموقوف في الحالات التي يعالجها كل واحد منهما ولكنهما يختلفان في أن العقد الموقوف يعد عقداً صحيحاً ولكنه لا يرتب أثراً فيما بين أطرافه إلى أن تلحقه الإجازة، فإن أجيز نفذ مستنداً إلى وقت صدوره وإن لم يجز بطل مستنداً إلى وقت صدوره، أما العقد القابل للإبطال فإنه ينتج جميع آثاره من وقت إبرامه إلى أن يقضى ببطلانه، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري ذلك، لمزيد من الإيضاح في هذا الخصوص راجع كلاً من عبد الرحمن جمعه، بيع ملك الغير، دارسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، دار وائل للطباعة والنشر، ص ١٩٢ وما بعدها، وعبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

تصرفه دائراً بين النفع والضرر – أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك)) ويتبن من خلال هذه المادة. أن الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً لا تقتصر على الحالات المنصوص عليها حيث يندرج في إطار التصرفات الموقوفة ما نص القانون على اعتباره كذلك.

وبالرجوع إلى القانون المدني الأردني نجد أن هنالك العديد من التصرفات الموقوفة تضاف إلى ما هو منصوص عليه في المادة (١٧١)، ومن هذه التصرفات ما يصدر عن النائب متجاوزاً به حدود وكالته في القدر الذي تجاوز به حدود النيابة[١].

والتصرف الصادر من المريض مرض الموت إلى أحد ورثته[٢] أو التصرف الصادر لغير الوارث إذا انطوى على محاباة تتجاوز ثلث التركة[٣] والتصرف الموقوف يعد تصرفاً صحيحاً ولكنه لا ينتج أثاره فيما بين طرفيه إلا إذا لحقته الإجازة ممن يملكها شرعا[٤]. ويترتب على ذلك أنه إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره[٥] اما إذا لم تلحقه الإجازة فيعتبر التصرف باطلاً[٦]، ويسري هذا البطلان بأثر رجعي، غير أن المشرع الأردني قد حدَّ من الأثر الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف إذا كان من شأن الأثر الرجعي المساس بحقوق اكتسبها الغير حسن النية على الشيء محل التصرف الموقوف.

وعلى الرغم من أهمية الاستثناءات التي أوردها المشرع الأردني على الأثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف، فإنه لم يساير التشريعات المدنية المقارنة فيما أقرته من

---

(١) المادة (٨٣٩) مدني.

(٢) المادة (٥٤٤) مدني أردني.

(٣) المادة (٢/٥٤٥) مدني أردني.

(٤) المادة (١٧٢) مدني أردني.

(٥) المادة (١/١٧٥) مدني أردني.

(٦) المادة (٢/١٧٥) مدني أردني.

استثناءات زيادة على ما أقره المشرع الأردني. فلقد أتى المشرع المصري بالعديد من الاستثناءات على الأثر الرجعي للعقد القابل للإبطال وانفرد بها عن باقي التشريعات من ذلك حماية الدائن المرتهن حسن النية ببقاء الرهن الصادر له من غير مالك قائماً لمصلحته إذا تقرر إبطال سند ملكية الراهن[1]. ومن ذلك أيضاً حماية الغير حسن النية الذي تقرر له حق على عقار قبل إبطال ملكية المتصرف له بالعقار[2].

وهي ذات الحماية التي أقرها المشرع السوري بمقتضى المادة (١٤) من القرار رقم (١١٨٨) من قانون السجل العقاري السوري والتي تنص ((**يعتبر التسجيل مغايراً للأصول إذا أجرى بدون حق، وكل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الإدعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث سيئ النية**)) وتطبيقاً لذلك فإن إبطال ملكية المتصرف مع الغير لا يستتبع بطلان ما اكتسبه الغير من حقوق على العقار حتى كان حسن النية، ويقتصر حق المالك الحقيقي على مطالبة المتصرف مع الغير بالتعويض[3].

كما أورد المشرع العراقي استثناءاً مهماً على الأثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف. يتعلق بحماية الغير حسن النية الذي تلقى حقاً من خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف. وتقوم هذه الحالة على افتراض مؤداه قيام المدين الذي أقيمت عليه

---

(١) المادة (١٠٣٤) مدني مصري.

(٢) المادة (١٧) من قانون السجل العقاري المصري لسنة ١٩٦٤.

(٣) انظر وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ١٤٣، وفي هذا الخصوص فقد قضت محكمة النقض السورية في قرار صادر من هيئتها العامة بأن ((**المشتري حسن النية الذي اشترى بالاستناد إلى قيود السجل العقاري تُحمى ملكية ولو كان بائعه قد حصل على الملكية بأسلوب معين كالتزوير، فما دام المشتري حسن النية لم يعرف بوجود العيب، فأنه يُحمى، ويبقى للمتضرر مداعاة البائع**))، نقض مدني سوري رقم ٦٠ هيئة عامة، تاريخ ١٩٧٢/١٢/٣١، مشار إليه لدى سوار، المرجع السابق، ص ١٤٣، هامش رقم (٢).

دعوى عدم نفاذ التصرف بالتصرف بالمال إلى شخص معين ثم يقوم هذا الأخير بالتصرف بالمال إلى شخص ثالث.

والأصل يقتضي أن تصرف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف يعد موقوفاً على إجازة الدائن لتعلق حقه بالمال موضوع التصرف فإن لم يجزه بطل التصرف وإنعدمت إمكانية الشخص الذي صدر له التصرف من المدين بالتصرف بالمال، إلا أن المشرع العراقي قد تجاوز هذه القاعدة وأقر صحة التصرف الصادر من خلف المدين إلى الغير حيث نصت المادة (٣/٢٦٤) مدني عراقي **((وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من الدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض أو كان الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً))**.

وظاهر من خلال النص المتقدم أن حماية الغير حسن النية تتحقق سواء كان التصرف الصادر له من خلف المدين معاوضة أو تبرعاً، فإذا كان قد تلقى حقه معاوضة فينبغي أن يكون الغير جاهلاً أن المدين معسر وأنه يتصرف بماله للإضرار بالدائن فضلاً عن ان يكون جاهلاً بعلم الخلف الأول بغش المدين وبنيته الإضرار بالدائن أما إذا كان الغير قد تلقى حقه من خلف المدين تبرعا فأن مقتضى حسن نيته هو جهله بإعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول[1] .

---

(١) انظر في هذا الخصوص مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة، الجزء الثاني، أحكام الالتزام في ذاته، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص ١٤٠، وكذلك منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ١٠٦-١٠٧.

وينبغي الإشارة إلى أن كلاً من المشرعين المصري والسوري قد أوردا هذه الحماية للغير حسن النية وبذات الشروط التي قررها المشرع العراقي[١]، بيد أنه لا يمكن اعتبارها استثناءاً على العقد القابل للإبطال المقابل للعقد الموقوف المأخوذ به في القانون العراقي، لأن تصرف المدين في مال تعلق به حق الغير لا يعد من حالات البطلان النسبي في كل من القانون المدني المصري والسوري وإنما تنطبق عليه قواعد عدم النفاذ[٢].

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن الغير حسن النية الذي تلقى حقاً من خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف لا يعدم أي حماية في ظل القانون الأردني، إذ يمكن حمايته وفقاً لقواعد الحيازة المنصوص عليها في المادتين (١١٨٢) و (١١٨٩) من القانون المدني.

الفرع الثاني

استثناء على المبادئ المستقرة في القانون المدني

ينتظم القانون المدني خاصة والقانون الخاص بشكل عام العديد من المبادئ والقواعد التي تكفل الحفاظ على الحقوق الخاصة فلا يطغى حق على آخر.

وتعبّر هذه المبادئ عن نزعة ذاتيه تشكل إلى حد كبير قوام التشريعات المدنية مما يمكن معه اعتبار هذه المبادئ قواعد عامة أو أصولاً ثابتة في القانون المدني ويعتبر من قبيـل هـذه

---

(١) انظر المادتين (٣/٢٣٨) مدني مصري و(٣/٢٣٩) مدني سوري.

(٢) ومقتضى هذا النظام، أن أي تصرف من مالك في مال له تعلق به حق الغير لا يكون نافذاً في حـق هـذا الغير فيمكنه تجاهل كافة الآثار الناشئة عنه، انظر في هذا الخصوص توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر، الدار الجامعية، بيروت، ص ٢٣٢-٢٣٣.

المبادئ مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ سريان التصرف القانوني ومبدأ نسبيه آثار العقد وعلى الرغم من أن هذه المبادئ لا يجوز المساس بها -بحسب الأصل- فإن مقتضيات حماية الغيـر حسـن النية دعت إلى تجاوز ما تفرضه هذه المبادئ من حرمةٍ وصرامة. فأوردت التشريعات المدينـة ومن ضمنها المشرع الأردني العديد من الاستثناءات على هذه المبادئ مراعاة لحقـوق الغيـر حسن النية.

وسوف نتناول هذه الاستثناءات عبر ثلاثة بنود فنبحث في الأول الاستثناءات الـواردة على مبدأ سلطان الإرادة ونبحث في الثاني الاستثناءات الواردة على مبدأ نسـبيه آثـار العقـد ونبحث في الثالث الاستثناءات الواردة على مبدأ سريان التصرف القانوني في حق الغير

أولاً: استثناء على مبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم الأصول الثابتة في القوانين المدنية بشكل عام، وعلى الرغم من تراجع أهميته لدى بعض الأنظمة القانونية بفعل تأثير الدعوات الاجتماعية[1]، إلا أنه يبقى من أهم المبادئ التي يتم الاستناد إليها في تحديد التزام المرء ونطاق هذا الالتزام. ومفاد هذا المبدأ أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها وتنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا التزم شخص بتصرف قانوني وبخاصة العقد فإنه يلتزم لأنه أراد أن يلتزم وبالقدر الذي أراد[2]، ويترتب على هذا المبدأ عدم إمكانية انشغال ذمة الفرد بالتزام لم تتجه إرادته بإحداثه.

---

(١) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٢) وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مطبعة دار الثقافة، عمـان، ١٩٩٥، ص ١٧، وكذلك توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانيـة، منشـأة دار المعـارف، الإسـكندرية، ١٩٨٠، ص ٢٥ وما بعدها.

وإذا كان مقتضى مبدأ سلطان الإرادة يتفق مع النزعة الذاتية التي تُعلي من شأن الفرد وتضع مصلحته فوق كل اعتبار، فإن دوافع استقرار التعامل وبروز الدعوات الاجتماعية قد دفعت المشرع الأردني كما هو الحال لباقي التشريعات المدنية المقارنة التي تتبع النظام اللاتيني[١] إلى الخروج على مبدأ سلطان الإرادة[٢] بهدف إحداث قدر من المواءمة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة وخاصة في الحالات التي تبدو فيها المصلحة الاجتماعية على قدر كبير من الوجاهه، ويمكن تلمس هذا الاستثناء في مظهرين، إحداهما يتجسد في الاعتراف بصحة التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر والآخر في الاعتداد بالإرادة الظاهرة حماية للغير حسن النية في نطاق الصورية.

---

(١) المعروف أن النظام اللاتيني يقوم على تغليب النزعة الذاتية حيث ترتكز نظرية العمل القانوني في ظله على هذه النزعة، وقد اعتنقت التشريعات المدينة التي أخذت عنه كالتشريع المدني المصري والتشريع المدني السوري هذه النزعة وترتب على ذلك أن القاعدة العامة في هذين التشريعين ترتكز على الأخذ بالإرادة الباطنة أي الإرادة الحقيقية وهي جوهر مبدأ سلطان الإرادة. انظر وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) لا يخل بالطبيعة الاستثنائية لحماية الغير حسن النية على مبدأ سلطان الإرادة ما يراه بعض الشراح للقانون المدني الأردني من أن هذا القانون قد إنحاز بصفة عامة لنظرية الإرادة الظاهرة في تكوين العقد وعيوب الإرادة، ذلك أن بعض مظاهر حماية الغير حسن النية فيها خروج صريح على مبدأ سلطان الإرادة وما يقوم عليه من ضرورة الاعتداد بالإرادة الحقيقية للمرء، ذلك أن هذه الحماية تقوم على إلزام المرء بآثار تصرف لم يجريه أو الخروج على مقتضى ارادته الحقيقة إذا كان قد صدر عنه تعبير ظاهر. ولا يمكن لهذا الجدل أن يثور في ظل القانون المدني المصري والسوري لأن كلاً منهما قد إنحاز بصفة عامة للإرادة الباطنة. راجع في هذه الخصوص وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص ٨٧، وهشام القاسم، محاضرات في القانون= =المدني، مصادر الالتزام، بدون سنة نشر، مطبوعات جامعة دمشق، ص ١١٥، وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

١- الاعتراف بصحة التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر وانصراف آثاره إلى الموكل.

إن الأصل، أن آثار التصرفات التي يجريها الوكيل تسري في حق الموكل، وبصرف النظر عما إذا كان الوكيل يعبر عن إرادته هو أم عن إرادة الموكل في التصرفات التي يجريها[1] فإن إرادة الموكل هي الأساس في تخويل الوكيل القدرة على إجراء التصرف من جهة وقبول انصراف آثار التصرفات التي يجريها وكيله في مواجهته من جهة أخرى.

فإرادة الأصيل (الموكل) هي التي تقرر إجراء التصرف وانصراف أثاره في مواجهته، ولذلك فإن إرادة الأصيل إذا كانت بهذه المثابة، فإن إجراء التصرف وإنصراف أثاره في مواجهته لا يخرج عن مبدأ سلطان الإرادة وإنما يقع في نطاقه وإطاره.

ويترتب على ذلك أن أي تصرف يجريه الوكيل رغم انقضاء وكالته أو دون الإستناد إلى إرادة الأصيل أصلاً، لا ينتج أثراً في مواجهة الأصيل أصلاً، إلا أن مقتضيات حماية الغير

---

(١) إن تحديد الإرادة التي يعبر عنها الوكيل عند إجراءه التصرف هو مثار خلاف بين الفقه القديم والحديث، فالفقه القديم يرى أن الوكيل يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو وهذا الاتجاه يبني رأيه بالاعتماد على الفكرة التي مفادها أن الالتزام هو رابطة بين شخصين، ويمثل هذا الاتجاه بعض الفقهاء كسافيني (SAVENEY) وبلانيول (BLANIOL) وجيني (JEINY). في حين أن الفقه الحديث منعقد إجماعه على ان الوكيل يعبر عن ارادته هو لا عن إرادة الموكل، وهذا الجانب من الفقه الذي يتزعمه الفقيه بيلون (BELONE) يستند في رأيه هذا إلى أن الالتزام هو رابطة بين ذمتين ماليتين، فضلاً عن أن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانوني، وأن النائب في الواقع يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل وبإرادته وحدها ينعقد العقد غير أن هذا الاتجاه الفقهي يرى أن الوكيل يعبر عن إرادة الموكل في حال تلقيه تعليمات محددة من الموكل فينفذها كما تلقاها، فيكون في هذه الحالة معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو. أنظر تفصيل ذلك واتجاهات الفقه فيه وأسانيدها لدى حسن الكفهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء التاسع والأربعون، شرح القانون المدني الأردني، ١٩٨٠، ص ١٤٧ وما بعدها، وكذلك السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها.

حسن النية دعت إلى تجاوز هذا المبدأ وتخطيه والاعتراف بآثار التصرف الذي أجراه الوكيل رغم عدم إستناده إلى إرادة الأصيل.

وتتجسد هذه الحماية في فكرة الوكالة الظاهرة القاضية بإعمال أثر الوكالة في حق الموكل وإلزامه بأعمال وتصرفات وكيله رغم انقضاء الوكالة أو رغم إنعدامها أو رغم تجاوزه لحدود وكالته[1].

والوكيل الظاهر ليس وكيلاً في حقيقة الأمر وإنما ظهر بمظهر الوكيل مما دعا الغير للتعامل معه بحسن نية، وما دام أن من تعامل معه الغير حسن النية ليس وكيلاً في حقيقته فإن مؤدى ذلك عدم سريان آثار التصرف الذي أجراه مع الغير في مواجهته لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إنشغال ذمة الموكل بالتزامات لم يردها ولم تتجه إرادته إلى ترتيبها، إلا أن دواعي حماية الغير حسن النية خرجت على حكم القواعد العامة ومقتضى مبدأ سلطان الإرادة وذلك بالاعتراف بآثار التصرف المبرم بين الوكيل الظاهر والغير حسن النية واعتباره مرتباً لآثاره في مواجهة الموكل.

وبذات المنطق السابق بيانه، يمكن اعتبار انصراف أثار التصرفات الصادرة من المالك الظاهر للغير في الأحوال التي تتحقق فيها هذه الملكية في مواجهة المالك الحقيقي خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة.

---

(١) انظر عبد الباسط الجميعي، الوكالة الظاهرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، ١٩٦٤، ص ٢٧٧.

٢- الإعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في إطار الصورية

إن التعبير عن الإرادة في القانون المدني لا يخرج عن إحدى صورتين، فقد يكون تعبيراً حقيقياً أو ما يعرف بالإرادة الباطنة، وقد يكون تعبيراً ظاهراً فيسمى بالإرادة الظاهرة(١). والأصل أن الاعتداد يتم بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، غير أن الالتزام بهذا الأصل قد يلحق ضرراً بالغير المتعامل مع أحد المتعاقدين الصوريين إذا كان قد اعتمد في تعامله على التصرف الصوري المعبر عن الإرادة الظاهرة للمتعاقدين، فأعطاه المشرع حرية التمسك بأي من العقدين الحقيقي أو الصوري، أيهما محققاً لمصلحته، وفي حال تعدد الاغيار حسني النية وتضارب مصالحهم ما بين التمسك بالعقد الحقيقي أو الظاهر فقد قرر المشرع اعتبار العقد الظاهر هو النافذ في حق الغير(٢).

وهنا يثور التساؤل، كيف يمكن اعتبار الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين والتي أفرغاها بالتصرف الصوري استثناءاً على مبدأ سلطان الإرادة؟

للإجابة على ذلك نقول أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم أساساً على الإرادة الحقيقية (الباطنة) فهي التي تعبر عن حقيقة رغبة الفرد(٣)، أما الإرادة الظاهرة الصورية فليست من مضمون مبدأ سلطان الإرادة وذلك لتعارضها مع الإرادة الحقيقية التي هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة، والقول

---

(١) إن مسألة تغليب إحدى الصورتين على الأخرى هي مثار نزاع بين المدرستين الفرنسية حيث يسود الفكر القانوني اللاتيني والألمانية حيث يسود الفكر الجرماني، فبينما يعتمد النظام القانوني الجرماني على الإرادة الظاهرة ويرتكز عليها بفعل تأثير النزعة الموضوعية التي تسود هذا النظام، فإن المدرسة الفرنسية ترتكز على الإرادة الباطنة بفعل تأثير النزعة الذاتية التي تُغلف هذه المدرسة. انظر هذا الشأن وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص ٨٧، والسنهوري، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) المادة (٣٦٨) مدني أردني.

(٣) عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٧٧.

بخلاف ذلك[١] إنما يوقع في مغالطة، فمن يقول بأن الإرادة الظاهرة تعتبر مظهر لمبدأ سلطان الإرادة إنما يخالف حكم المنطق، فكيف يستساغ أن تكون الإرادة الحقيقة والإرادة الظاهرة راجعتان إلى مبدأ واحد هو مبدأ سلطان الإرادة ثم تكون كلاً منهما على طرفي نقيض ويترتب على كل واحدةٍ منهما نتائج تتعارض مع النتائج المترتبة على الأخرى.

ونخلص مما سبق إلى القول بأن الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في التصرف الصوري في سبيل حماية الغير حسن النية يعد استثناءاً واضحاً على مبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: استثناء على مبدأ نسبية العقد

إن مقتضى مبدأ نسبيه العقد هو إنحسار آثار العقد فيما بين طرفيه وخلفهما العام[٢] ولا تتعداهما للغير سواء فيما تكسبهما من حقوق أو ما تحملهما من التزامات فالعقود لا تنفع ولا

---

(١) على نحو ما ذهب إليه الدكتور محمود أبو عافية في رسالته (التصرف القانوني المجرد) من أن مبدأ سلطان الإرادة لا يختلف سواء كانت الإرادة وظاهرة أم باطنه، مشار إليه لدى عبد الرحمن عياد، ذات المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) تبرز حالتان لا تسري فيهما أثار عقود السلف في حق الخلف العام، وذلك لاعتباره غيراً بالنسبة لأثر العقد، وهاتان الحالتان هما، أولاً تصرف المريض مرض الموت لأحد ورثته أو لأجنبي بما يلحق الضرر بباقي الورثة، فنعتبر الورثة في هذه الحالة غيراً بالنسبة لتصرفات مريضهم مرض الموت ولا تسري في حقهم أثار التصرفات التي أجراها ويكون بمقدورهم الطعن في صحة هذه التصرفات.
أما ثانيتهما فتلك الناشئة عن قاعدة (لا تركه إلا بعد سداد الديون) فإذا لم تكفِ التركه لسداد ديون المورث فلا يستطيع الدائنون الرجوع على الورثة بديونه مورثهم في أموالهم الخاصة الغير متحصله من الإرث.
وفي المقابل فإن الخلف الخاص الذي هو بحسب الأصل غيراً بالنسبة لأثار التصرفات الصادرة عن سلفه قد تسري بحقه أثار العقد التي أبرمها سلفه بشرط أن تكون أثار العقد تتعلق بحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص إذا كانت من مستلزمات هذا الشيء وكان الخلف الخاص عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه وفق ما تقضي به المادة (٢٠٧) مدني أردني.

تضر غير عاقديها بشكل عام. غير أن حماية الغير حسن النية وفي تطبيقات عديدة تخرق هذا المبدأ العام وتفاجئ شخصاً لم يكن طرفاً في العقد أو ممثلاً فيه وهو في جميع الاستثناءات على هذا المبدأ صاحب الحق أو الأصيل، فتسري في حقه أثار العقد المبرم فيما بين شخص ليس له سند التصرف والغير حسن النية الذي أجرى التصرف اعتقاداً منه بصحة صفة المتصرف معه.

ويمكن إجمال الاستثناء على مبدأ نسبية العقد في حالتي الوكالة الظاهرة، والملكية الظاهرة والمشار إليهما سابقاً حيث تؤدي الحماية إلى انسحاب آثار التصرف الذي أجراه الوكيل المنقضية وكالته في مواجهة الأصيل رغم أن الأصل يقضي بغير ذلك، لأن الأصيل لم تعد تربطه بالوكيل المنقضية وكالته أي رابطة وأن هذا الأخير لم يعد مخولاً بالتصرف باسمه او لحسابه.

كما يسري أثر التصرف في مواجهة المالك الظاهر على المال الغير مملوك له مع الغير حسن النية إلى تأثر المالك الحقيقي بأثار هذه التصرف، كأن تنزع ملكيته للمال، أو ان يترتب عليه حق عيني، وكل ذلك تحقيقاً لمصلحة الغير حسن النية.

وقبل أن نغادر هذا الموضوع فلابد من الإشارة إلى أن بعض الفقه قد نازع في اعتبار حماية الغير حسن النية استثناءاً على مبدأ نسبية أثار العقد، بالقول أن صاحب الحق (المالك، الموكل) لا يلتزم بموجب الأثر المباشر للعقد لأنه ليس أحد أطرافه أو ممثلاً فيه، وأن التزامه يكون بطريق غير مباشر باعتبـــار العقد بالنسبة إليه واقعة قانونية لها أثر مباشر يشتمل على الحق الذي يكتسبه الشخص الذي يتعاقد مع الوكيل الظاهر أو المالك الظاهر، وأثر غير مباشر يمثل التزام صاحب الحق[١].

---

(١) انظر هذا الاتجاه الفقهي وتفصيلاته لدى صبري خاطر، الغير عن العقد، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٩٣.

وفي الرد على هذه الاتجاه نقول، بأن حماية الغير حسن النية تعد استثناءاً على مبدأ نسبية العقد، وذلك لأن صاحب الحق يلتزم سواء كان مالكاً للمال المتصرف فيه أو موكلاً سابقاً بأثر التصرف الصادر من المالك الظاهر أو الوكيل الظاهر بصورة مباشرة فالمالك الحقيقي أو الدائن أو الموكل السابق يفقدون الحق لصالح من يعتقد بوجود الظاهر، وهم بالتالي يلزمون بموجب أثر العقد، فالمالك الحقيقي يحرم من حق الملكية رغماً عنه، وهذا ليس أثراً غير مباشر وإنما هو أثر مباشر وزيادة على ذلك فإن المالك يلتزم بالأثر الشخصي للعقد، وبالتالي عليه أن يمتنع عن كل ما يعيق ممارسة حق الملكية عندما يكسبها الغير حسن النية الذي يتعاقد مع المالك الظاهر او الوكيل الظاهر.

ثالثاً: استثناء على مبدأ سريان التصرف القانوني

يقصد بفكرة سريان التصرف القانوني، أن التصرف القانوني فضلاً عن ترتيبه أثاره بين أطرافه، فإنه يعتبر نافذاً في مواجهة الغير، وليس للغير أن يتجاهل وجود هذا التصرف بمعنى أن التصرف واجب الاحترام من قبل الغير(١).

إلا أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها من شأنه الإضرار بحقوق الغير حسن وذلك في حالة ما أضر تصرف المتعاقدين بمصالحه. ولعل الحالة البارزة التي تتأثر فهيا مصلحة الغير حسن النية من مراعاة قاعدة سريان التصرف القانوني وحجتيه على الكافة هي حالة الصورية، فإذا ما أبرم المتعاقدان عقدين، أحدهما حقيقي والآخر صوري، فإن مصلحة الغير قد تتأثر سلباً جراء أحد هذين التصرفين، فلو أعملنا قاعدة سريان التصرف القانوني وحجتيه على الكافة،

---

(١) انظر في فكرة سريان التصرف القانوني محمد الجراحشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، سنة ١٩٩٩، ص ٢ وما بعدها.

لتوجب على الغير احترام الآثار الناشئة عنهما على الرغم مما ينطويا عليه من الإضرار بمصلحته. إلا أن دوافع حماية الغير حسن النية وعدم إفساح المجال لإبرام التصرفات الصورية، دفعت بالمشرع الأردني إلى تجاوز هذه القاعدة ومنح الغير حسن النية حق التمسك بأحد العقدين أيهما محققاً لمصلحته وهو ما يعني عدم سريان أثار التصرف الآخر في مواجهته مما يوضح الاستثناء الوارد على هذه القاعدة.

فالمتعاقدان صدر عنهما تصرف حقيقي وتصرف ظاهر (صوري)، وكلا التصرفين -بحسب قاعدة سريان التصرف القانوني- واجب الاحترام والنفاذ في مواجهة الغير، إلا أن أحد هذين التصرفين يضر بمصلحة الغير حسن النية ولذلك فإن المشرع أعطاه الحق في التمسك بالتصرف الذي يحقق مصلحته، فإذا كان التصرف الصوري محققاً لمصلحته جاز له التمسك به، مما يعني ان التصرف الحقيقي لا يعتد به في مواجهة الغير وينحصر أثره فيما بين أطرافه والعكس صحيح فيما لو كان التصرف الحقيقي هو ما تتحقق به مصلحة الغير حسن النية. وصفوة القول فإن تمسك الغير حسن النية بأحد العقدين يترتب عليه عدم سريان التصرف الآخر في مواجهته، وهذا جوهر الاستثناء.

المطلب الثاني

تمييز الحماية عمّا يشتبه بها

إن مناط تمييز حماية الغير حسن النية عمّا يشتبه بها، يتمثل بتحديد الفرق ما بين حسن النية في إطار هذه الحماية من جهة وحسن النية بمفهومه العام من جهة أخرى. إذ لابد من البيان بأن حسن النية المقصود في هذه الدراسة يكتسب مفهوماً محدداً ودقيقاً بحيث لا يختلط بالمعاني المتعددة لحسن النية، ذلك أن حسن النية في إطار القانون المدني يكتسب العديد من المعاني مما يجعل أمر تمييز حسن النية الواجب توافره في الغير، حتى يكون جديراً بالحماية، أمراً لا غنى عنه، حتى يمكن الوصول إلى رؤية دقيقة لهذه الحماية.

ومن جهة ثانية فإن حسن النية ذاته يعد عاملاً مهماً في تمييز هذه الحماية عن أوجه أخرى لحماية الغير لم يكن لحسن النية فيها دوراً في إضفاء الحماية عليه. وتبعاً لما تقدم فسوف نبدأ بتحديد مفهوم حسن النية في إطار هذه الحماية وتمييزة عن المعاني الأخرى لحسن النية عبر الفرع الأول في حين نخصص الفرع الثاني لأوجه حماية الغير التي ترتكز على حسن النية.

الفرع الأول

مفهوم حسن النية في إطار هذه الدراسة

إن حسن النية إصطلاح شائع يلجأ إليه المشرع في مواضع عديدة، غير أن هذا الاصطلاح يختلف من موضع لآخر، باختلاف الوظيفة التي يؤديها، فعلي الرغم من أن هذا

المصطلح يمكن تحديده بوجه عام بأنه قصد الالتزام بحدود القانون[١]، فإنه في إطاره التفصيلي يأخذ معانٍ عديدة، تبعاً للوظائف التي يؤديها، وتبعاً لذلك فإن حسن النية في مفهومه العام أو التفصيلي ليس هو المقصود في هذه الدراسة إذ ينبغي أولاً استبعاد بعض المعاني لحسن النية لعدم تعلقها بالحماية المقررة للغير، ثم بعد ذلك يتم تحديد معنى حسن النية الذي يؤدي دوراً في حماية الغير.

أولاً: معنى حسن النية الذي ينبغي استبعاده

أشرنا أن حسن النية يؤدي العديد من الوظائف، ومن أبرزها وظيفة المواءمة[٢]، وهي الوظيفة التي يؤديها في نطاق تنفيذ العقود والالتزامات وتفسيرها والتي تتمثل في وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد وتفسيره وفقاً لمقتضيات الأمانة والاستقامة والعدالة[٣].

وهذا المعنى لحسن النية ينبغي استبعاده، لأنه ينحصر في أطراف العلاقات العقدية، فهو يمثل الإطار والروح التي يجب أن تسود العقد في كافة مراحله، فإذا تعددت معاني عبارات العقد وتعددت طرق التنفيذ التي تقتضيها الأمانة والاستقامة، وهو ما يجب مراعاته أيضاً في مرحلة إنشاء العقد وكذلك عبر مرحلة التفاوض السابقة على انعقاد العقد[٤]. وهذا المعنى لحسن النية

---

(١) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) انظر محسن النبيه، المرجع السابق، ص ١٠٢، وكذلك سيد بدوي، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) تضمنت هذا المعنى لحسن النية المادتان (١/٢٠٢) و(٢/٢٣٩) من القانون المدني الأردني فتنص الأولى على أنه ((**يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية**)) في حين تنص الثانية على أنه ((**وإذا كان هناك محل لتفسير العقد يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء بذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين...**)).

(٤) سيد بدوي، مرجع سابق، ص ٩٣.

ينطوي تحت المفهوم الموضوعي لحسن النية والذي يقوم على مقتضيات ودعائم أخلاقية ومبادئ دينية[١].

ثانياً: حسن النية بالمعنى المقصود في هذه الدراسة

ونعني به الحالة التي يجب أن يكون عليها الغير حتى يكون جديراً بالحماية، وهي الحالة المتصلة بالوظيفة الثانية لحسن النية وهي وظيفة الحماية المتمثلة في كفالة حماية أو منح حق لا يسمح به التطبيق العادي للقواعد القانونية[٢]. وتقوم تلك الوظيفة في مجال كسب الحقوق والحد من أثر بطلان التصرفات القانونية.

وحسن النية وفقاً لهذه الوظيفة أو هذا المعنى يقصد به مشروعية واستقامة موقف الغير الذي يكسب الحق بهذه الطريقة الخاصة[٣]. وهو ذو مدلول شخصي[٤]، حيث يقوم على أن الجهل المبرر بواقعة معينة أو بطرف محدد من الظروف يكون مناط ترتيب الأثر القانوني، بحيث يكون الخروج على الحكم التشريعي تبعاً لتحقق الجهل بتلك الواقعة أو ذلك الظرف.

ولما كان هذا المدلول شخصياً، فهو يتصل بشخص الغير، ولا يبحث عنه خارج إطاره، غير أن المدلول الشخصي لحسن نية الغير لا يغني عن تلمس الأثر الموضوعي في بيان ما إذا كان الغير حسن النية أم لا، وذلك للتحقق من مدى أثر الشواهد والوقائع المادية على نشوء جهل الغير في واقعة معينة أو ظرف معين دفعته إلى إجراء تصرف أسفر عن وقوعه موقع التنازع مع صاحب الحق.

---

(١) سيد بدوي، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٢) انظر محسن النبيه، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) انظر سيد بدوي، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٤) انظر سيد بدوي، المرجع السابق، ص ٧٤.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على اعتبار حسن النية مناط حماية الغير

ينبغي القول أن إشتراط توافر حسن النية لدى الغير حتى يمكن إسباغ الحماية عليه إذا نوزع في حق اكتسبه، يؤدي إلى استبعاد أي مظهر لحمايته لا يرتكز على حسن النية ويمكن أن نشير إلى مظهرين بارزين تتضح فيهما حماية الغير دون اشتراط توافر حسن النية في جانبه، فيتمثل أولهما في الحماية الناشئة عن القاعدة الفقهية بأن (القبض في العقد الفاسد يفيد الملك)، ويتمثل ثانيهما فيما تقرره المادة (٣/١٥) من قانون التسوية من حماية للغير الذي انتقل إليه بالفراغ أو البيع العقار أو حصص الماء المعترض على قيدها في جدول الحقوق. وسوف نعرض لهذين المظهرين تباعاً عبر البندين التاليين:

أولاً: استبعاد الحماية الناشئة عن قاعدة (القبض في العقد الفاسد يفيد الملك)

وقد نصت على هذه القاعدة المادة (٢/١٧٠) من القانون المدني الأردني بقولها ((**يثبت الملك في المعقود عليه بقبضه**)) وتعود هذه القاعدة التي تقررها المادة السابقة إلى الفقه الحنفي الذي نقل عنه المشرع الأردني، وقد انفرد بها القانون الأردني ومن بعده قانون المعاملات المدنية الإماراتي[1] دوناً عن باقي التقنينات المدنية العربية.

ومفاد هذه القاعدة أن المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين المشتراة بعد قبضها، كان الغير الذي تصرف له المشتري آمناً من أن تُستَرَد العين من يده[2] حتى لو كان عالماً بفساد عقد

---

(١) المادة (٢١٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ١٧٨. وفي توضيح هذا المسلك التشريعي راجع محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ١٦٧.

البائع[١]، حيث يؤدي قبض المبيع إلى تحصين عقد المشتري المتصرف مع الغير من الفسخ، فلا يكون للمالك الأصلي استعمال هذا الحق (حق الفسخ) إذا ما انتقلت ملكية المال إلى الغير[٢].

ويبرر شراح الفقه الإسلامي عدم اشتراط قاعدة ((**القبض في العقد الفاسد يفيد الملك**)) توافر حسن النية لدى الغير (أي جهله لعيوب سند سلفه) في أن الفقه الإسلامي الذي هو مصدر هذه القاعدة، موضوعي النزعة لا يحفل بالعناصر النفسية، في حين أن الفقه اللاتيني الذي لم يماثل الفقه الإسلامي في الأخذ بهذه القاعدة، هو ذاتي النزعة، يقف عند النوايا ويعنى بها[٣].

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن تملك المعقود عليه بقبضه استناداً إلى عقد فاسد، يتعلق ببائع الغير، والذي هو المشتري من المالك الأصلي بموجب العقد الفاسد، فما اعتباره مالكاً –على الرغم من كونه ليس كذلك لأن العقد الفاسد لا ينتج أثره حتى يصحح– إلا لحماية الغير الذي تعامل معه، فالمشتري إذا تصرف مع الغير، عد مالكاً، لكي يستطيع أن يملك الغير[٤].

ومن نافلة القول، أن نشير، إلى أن هذه القاعدة والتي هي وليدة الصناعة الفقهية الإسلامية، تظهر بوضوح عظمة وتفرد الفقه الإسلامي وسبقه في تكريس فكرة الملكية الظاهرة على الفقه الغربي، إذ بمقتضى هذه القاعدة فإن المشتري إذا تصرف للغير، اعتبر مالكاً، حتى يمكن تمليك الغير، في حين أن الفقه الغربي لم يعمد إلى حماية الغير الذي تعامل مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته إلا في وقت متأخر جداً عبرنظرية حديثة نسبياً وهي نظرية الأوضاع الظاهرة.

---

(١) سوار، المرجع السابق، ص ٦٧، وكذلك السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابـــع، دار الطباعة، القاهرة، ١٩٥٤، ص ١٨٦.

(٢) السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٣) انظر سوار، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٤) انظر السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨٦.

ثانياً: استبعاد حماية الغير المقررة بمقتضى المادة (٢/١٥) من قانون تسوية الأراضي والمياه

قد تؤدي أعمال التسوية وما تتضمنه من إعداد جدول الحقوق الأولي[١] إلى قيد الأراضي أو حصص الماء بأسماء أشخاص ليسوا مالكيها، كأن يُنسب حق تصرف شخص ما أو حق تملكه أو حق منفعته بكامله أو جزء منه إلى شخص آخر خطأً. ففي مثل هذه الحالة أتاح المشرع في قانون التسوية للمتضرر من الخطأ الواقع في جدول الحقوق الأولي الاعتراض إلى قاضي التسوية خلال مدة معينة.

ويؤدي الاعتراض، إذا ما ثبتت صحته، إلى تعديل جدول الحقوق الأولي وإعادة قيد أسماء المعترضين في الجدول[٢]. غير أن الاعتراض لا يؤدي إلى هذه النتيجة إذا قام المعترض عليه بالتصرف بالعقار أو حصص الماء، وإنما يؤدي الاعتراض إذا ما صح، إلى اقتصار حق المعترض علىالتعويض، وقد نصت على ذلك المادة (٣/١٥) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة (١٩٥٢) بقولها **((كل من لم يتمكن من تقديم إدعائه على جدول الحقوق وفاقاً لأحكام هذا القانون لتغيبه عن منطقة التسوية بسبب الحرب، أولأنه من أفراد إحدى الدول الحليفة، فإنه يعطى مهلة بتقديم إدعائه بشرط أن لا تزيد هذه المهلة في أي حالة على خمس**

---

(١) يقتصر الاعتراض فقط على جدول الحقوق الأولي، أما جدول الحقوق النهائي، فلا يجوز الاعتراض عليه حتى لو قيدت الحصص فيه بأسماء غير مالكيها الحقيقيين، لأنه يعد عنواناً للحقيقة ويحوز قوة القيد المطلق، ويقتصر حق المتضرر من الغش أو التزوير الواقع في جدول الحقوق النهائي على التعويض فقط، انظر المادة (١٤) من قانون تسوية الأراضي والمياه، وانظر مزيداً من الإيضاح محمد الزعبي، قيود وسجل الأراضي الأردني نتيجة التسوية، بحث منشور في مجلة دراسات، العدد الثالث عشر، ١٩٨٦، ص ٣٤٤ وما بعدها.

(٢) محمد الزعبي، المرجع السابق، ص ٣٤١.

سنوات من تاريخ إنهاء الحرب، وفي جميع الحالات المذكورة أعلاه يجوز لمحكمة التسوية إذا اقتنعت بصحة الدعوى أن تصدر قراراً بتصحيح جدول الحقوق إذا لم يكن العقار أو حصص الماء قد انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع، أما إذا كان العقار أو حصص الماء المدعى بها انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع فيجوز لها أن تحكم وفاقاً لأحكام هذا القانون بتعويض عادل للمتضرر على من سجلت الأرض باسمه)).

وظاهر من خلال هذا النص أن المشرع في قانون التسوية قد أسبغ حمايته على الغير المتصرف إليه بالعقار أو حصص الماء بصورة مطلقة، فلو أن من سجل العقار باسمه قام بالتصرف بالعقار إلى الغير بالبيع أو الفراغ، ثم اعترض صاحب الحق على جدول الحقوق قبل فوات مدة الاعتراض، فإذا ما حكمت المحكمة بصحة الاعتراض، فإنه يتعين احترام حق الغير المتصرف إليه، وإبقاء اسمه على جدول الحقوق وينحصر حق صاحب الحق بمطالبة المتصرف بتعويض عادل.

ومما يؤكد عدم اعتداد المشرع بنية المتصرف إليه، هو أن صاحب الحق لم يكن العقار قد سجل باسمه في يوم من الأيام، فملكيته للعقار أو حصص الماء لم تكن ثابتة بسند أو بموجب قيود رسمية.

وقد دفع هذا المسلك التشريعي بعض شراح القانون المدني الأردني إلى نقده، فيرى الدكتور محمد الزعبي أن هذه الحماية مفرطة في إطلاقها وأنه كان يتوجب اقتصارها على الغير حسن النية وبشرط أن يكون التصرف قد جرى له معاوضة[1].

---

(١) انظر محمد الزعبي، المرجع السابق، ص ٣٤١-٣٤٢، وكذلك محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ١٣٦.

الفصل الثاني

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية

الفصل الثاني

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية

تمهيد وتقسيم:

كان لا بد من تخصيص فصل مستقل لبحث موضوع الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية، وذلك لما يتسم به هذا الموضوع من كونه مهماً وإشكالياً في آن معاً. فمن حيث الأهمية فإنها تنبع من ضرورة وضع هذه الحماية في إطار نظري محدد، وتأسيسها وفق شروط معينة على نحو تتحقق معه الحماية للغير حسن النية وفقاً لهذه الشروط، وفي كل حالة يتزاحم بها الغير حسن النية مع صاحب الحق. ذلك أن عدم وجود أساس قانوني مؤصل بشكل دقيق تُضبط وفقاً له الحماية بضوابط محددة، من شأنه أن يعصف بهذه الحماية، ويجعلها عرضة للإهدار بسبب اختلاف الاجتهادات القضائية في تفسير النصوص المقررة لها، فالنص التشريعي لا يكفي لوحده لتحقيق هذه الحماية، وأن الحالات العملية التي يبدو فيها الغير بحاجة للحماية، تختلف في ظروفها ووقائعها من حالة لأخرى، وبالتالي فإن من شأن غياب الأساس النظري المحدد الذي يضبط هذه الحماية، وفق ضوابط دقيقة، أن يؤدي إلى تشتت الأحكام القضائية وتفاوتها من حالة لأخرى، بل قد تختلف الأحكام القضائية في حالات متشابهة بسبب اختلاف الاجتهادات القضائية في تلمس شروط الحماية، فلا بد إذاً من وجود أساس قانونيْ ينطوي على شروط محددة وواضحة للحماية، ومنسجمة مع النصوص التي تقرر هذه الحماية، حتى يستطيع القاضي أن يستند إليها في إسباغ الحماية على الغير إذا ما نوزع في صحة التصرف الذي أجراه.

وتوضيحاً لما تقدم فإن أهمية تحديد الأساس القانوني تبدو ملحة بشكل كبير جداً في الأحوال التي يدق فيها التنازع بين مركز الغير حسن النية الواقعي ومركز صاحب الحق القانوني، إذ لا يكفي حسن نية الغير لترجيح مركزه بل يتعين توافر شروط موضوعية تنهض في جانب الغير وتجعل أمر الانحياز لــه مستساغاً ومقبولاً ومبرراً. خاصة وأن النصوص التشريعية التي تعالج هذه الحالات لم تفصح عن هذه الشروط. فأمرها متروك للفقه واجتهاد القضاء. كما أن تحديد الأساس القانوني يكتسب أهمية كبرى، من حيث أنه قد يحفز القضاء على إرساء مبادئ قانونية تحمي الغير حسن النية، حتى في حالة غياب النص التشريعي.

على أن وضع أساس قانوني واحد لجميع مظاهر الحماية هو أمر غير متصور، وهذا يوضح الجانب الإشكالي في موضوع الأساس القانوني للحماية عموماً. ذلك أن عدم إمكانية توحيد الأساس القانوني لجميع مظاهر الحماية يشكل عقبة تعترض سبيل وضع نظرية متكاملة لحماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني وفي القوانين العربية المقارنة.

ذلك أنه إذا كان ممكناً رد الحماية في معظم مظاهرها لذات الأساس القــانوني، نظــراً لإمكانية تعميم الشروط التي ينطوي عليها هذا الأساس على هذه المظاهر، فإن بــاقي مظــاهر الحماية لا يمكن ردها لذات الأساس. والسبب في ذلك هو أن معظم مظاهر الحماية تنطوي على تنازع بين القانون والواقع، ويتمثل ذلك بالتنازع بين الغير -المتعامل مع الوكيــل الظــاهر أو المالك الظاهر في جميع حالات الملكية الظاهرة- مع صاحب الحق والذي لا يعــدو أن يكــون الموكل أو المالك الحقيقي أو الدائن الذي يضار من نفاذ تصرف مدينه مع الغير في مواجهتــه. فالغير في جميع هذه الأحوال يستند إلى مركز واقعي، في حين أن مركز صاحب الحق مركــز قانوني، ونتيجة لذلك أمكن رد الحماية في هذه المظاهر إلى أساس قانوني واحــد يتمثــل فــي

نظرية الأوضاع الظاهرة، والتي تدخل لإزالة التنازع بين القانون والواقع. وتصحيح بعض النتائج غير المقبولة للتطبيق الحرفي للقواعد القانونية[1].

أما باقي مظاهر الحماية، فإنها إما لا تنطوي إطلاقاً على تنازع بين القانون والواقع، أو أنها لا تتضمن دائماً مثل هذا التنازع. ففيما يتعلق بالحالة التي لا تنطوي إطلاقاً على تنازع بين الواقع والقانون، فهي الحالة التي يكون فيها مركز الغير وصاحب الحق كلاهما مركزين قانونيين كما هو الحال بالنسبة للغير الذي اكتسب حقاً عينياً على المال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته، فالغير يستند إلى مركز قانوني المتمثل في التصرف الذي أجراه مع المدين الراهن وهو تصرف لا غبار على صحته، كما أن مركز الدائن المرتهن مركز قانوني أيضاً يتمثل في عقد الرهن، فالتنازع هنا تنازع بين مركزين قانونيين، وكما هو الحال أيضاً بالتنازع بين مركز الغير الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة والدائن العادي لهذه التركة.

أما الحالة التي لا تنطوي دائماً على تنازع بين القانون والواقع، فهي بلا شك حالة الصورية، ويتجلى ذلك أنه في الحالة التي يفضل فيها الغير العقد الحقيقي على العقد الظاهر فإن الغير يستند في ذلك إلى مركز قانوني يتمثل في العقد الحقيقي المعبر عن الإرادة الحقيقية لطرفي التصرف الصوري، مما يتعين معه البحث عن أساس قانوني لحماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية يصدق في جميع الأحوال التي يحتاج فيها الغير إلى هذه الحماية.

وعليه فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث نعرض في الأول للأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة، ثم نبحث في الثاني الأساس القانوني الذي يتجاوز نظرية الأوضاع الظاهرة.

---

(١) محسن البنيه، المرجع السابق، ص٢.

المبحث الأول

الأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة

تمهيد:

تعد نظرية الأوضاع الظاهرة[١] من أهم النظريات التي تمخضت عن الجهود التي بذلها الفقه والقضاء معاً من أجل تحقيق قدر من المواءمة بين القانون والواقع. ويتحقق ذلك من خلال تصحيح بعض النتائج غير المقبولة، الناشئة عن التطبيق الحرفي للقواعد القانونية، والتي تؤدي إلى وقوع التناقض بين القانون والواقع. فدور نظرية الظاهر، إذن، تحقيق التوازن بين المراكز القانونية والمراكز الواقعية. كما تعد نظرية الأوضاع الظاهرة الأساس القانوني الوحيد الممكن اللجوء إليه لتحقيق التوفيق بين القانون والواقع، وذلك لأنها نظرية متكاملة العناصر والأركان خلافاً للأفكار الأخرى التي قال بها الفقه كما سنرى في إطار جهوده لتحقيق التوفيق بين القانون والواقع. فهذه الآراء لا ترقى لأن تكون نظرية متكاملة كما هو الحال بالنسبة لنظرية الأوضاع الظاهرة وإنما هي مجرد آراء فلسفية محضة كما هو الحال بالنسبة لفكرة الغلط الشائع وفكرة حسن النية وفكرة استقرار المعاملات وفكرة الثقة المشروعة.

---

(١) يعتبر الفقيه الفرنسي لويس كريمو (Louis Cremiev) أول من استخدم تعبير نظرية الظاهر على الرغم من أن هذه النظرية ترتد في أصولها الفلسفية إلى الفقه الألماني، بيد أن تبلورها وصيرورتها نظرية متكاملة جاء على يد القضاء الفرنسي، وذلك في قرار أصدره مجلس الدولة الفرنسي في ٢ يوليو سنة ١٨٠٧ عندما صحح مجلس الدولة الأوراق الرسمية التي أصدرها من ليسوا ذوي صفة في إصدارها بحكم القانون. وقد ورد في حيثيات هذا القرار أنه في جميع الأزمان وفي جميع التشريعات فإن الغلط الشائع وحسن النية يكفيان لتغطية المخالفات التي تقع في التصرفات والأحكام والتي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تفاديها ومن هذا التاريخ دأب القضاء الفرنسي على تطبيق فكرة الظاهر بغير تردد وخاصة في موضوع الوارث الظاهر والوكيل الظاهر والشركة الفعلية. انظر تفصيل ذلك لدى محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٢ وما بعدها ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها..

إلاّ أن نظرية الأوضاع الظاهرة في مراحل تبلورها وحتى اكتمالها، ارتكزت على بعض هذه الآراء حتى أصبحت من أركانها، فالغلط الشائع وحسن النية يكونان معاً الركن المعنوي للظاهر واستقرار التعامل والثقة المشروعة هما اللذان يبرران الاستناد لنظرية الأوضاع الظاهرة أصلاً.

وعلى أية حال فإن دراستنا لهذا المبحث سوف تتم في ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول لدراسة مدلول الظاهر، ونخصص المطلب الثاني لدراسة أركان الظاهر في حين في الثالث النطاق التطبيقي للظاهر.

المطلب الأول

مدلول الظاهر

الفرع الأول

تعريف الظاهر

لا يقصد بالظاهر الغالب أو البارز أو المحسوس الذي تدركه الحواس، وعكسه الباطن أو الخفي الذي لا يدرك بالحواس، وهو أيضاً ليس ذلك المحسوس الذي يعبر عن مركز قانوني حقيقي(١)، وإنما نقصد به ذلك المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون(٢)، أو هو ذلك المحسوس، الخادع، المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة والمتولد عن ممارسة شخص لمزايا أو مكنات أو سلطات أو اختصاصات مركز على خلاف مقتضى القواعد

---

(١) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص٤ وما بعدها. وماجد الحلو، مرجع سابق، ص٨.

(٢) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص٤. وسعودي سرحان، المرجع السابق، ص٤.

العامة، أو بالمخالفة للنظم المتبعة والمرعية في هذا الشأن[١].

فممارسة هذا الشخص لهذه السلطات أو الاختصاصات لا تستند إلى القانون، وإنما تستند إلى الواقع، وناشئة عن استناد هذا الشخص إلى تفسير غير سليم للقانون، بحيث يكون الظاهر هو المركز الفعلي الذي يخالف الحقيقة، أي الذي لا يستند إلى القانون، ويتناقض مع مركز آخر يحميه القانون.

وغني عن البيان أن مباشرة الشخص لسلطات وامتيازات مركز ليس له، لا تكسبه أي حق في مواجهة صاحب المركز الحقيقي، وأن الأمر محسوم دائماً لمصلحة هذا الأخير في العلاقة ما بينه وبين صاحب المركز الفعلي، وكما يطلق عليه بصاحب الوضع الظاهر[٢].

ولكن المشكلة تثور وتصبح إزالة التنازع التي يخلقها الظاهر من الأمور الشائكة، وذلك فيما لو أجرى صاحب الوضع الظاهر تصرفاً أكسب بمقتضاه شخصاً آخر أجنبياً عن الظاهر، حقاً على الشيء موضوع الحق. إذ يتوجب في هذه الحالة المفاضلة بين حق الغير (الأجنبي عن الظاهر) في الاستفادة من آثار التصرف الذي أجراه بحسن نية، والاعتراف بالحقوق التي اكتسبها بموجب هذا التصرف، وبين حق صاحب الحق مالكاً كان أم دائن، في عدم نفاذ التصرف في مواجهته، وعدم إلزامه بما نشأ عنه من آثار. وفي خضم هذا التنازع يبرز دور الظاهر كأساس للترجيح بين المصالح المتعارضة، فالظاهر إذا اكتملت أركانه وعناصره، فإنه يصبح عنواناً للحقيقة، ومصدراً للحق، حيث يؤدي الاعتداد به إلى تغليب مركز الغير حسن النية، الذي اطمأن للظاهر المستقر وأجرى تصرفه في ظله وتحت تأثيره. ويتجلى ذلك بتصحيح

---

(١) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص٤ وما بعدها، ومحسن البنيه، مرجع سابق، ص ٧.

(٢) فيكون لصاحب الحق أن يرجع على صاحب الظاهر للمطالبة لا بمقابل الحق الذي انتزع منه وإنما بالتعويض عنه، انظر تفصيل ذلك فتيحة قره، مرجع سابق، ص٢٧.

التصرف الذي أجراه الغير مع صاحب الوضع الظاهر واعتباره منتجاً لكافة آثاره، وبالتالي حصول الغير على كافة المزايا والمنافع الناشئة عن التصرف بعد تصحيحه.

وصفوة القول، فإن إقرار الظاهر والاعتراف به يؤدي إلى اعتبار التصرف، الذي أجراه الغير صحيحاً منتجاً لكافة آثاره، كما لو أبرمه مع صاحب الحق الأصلي[١]. وهذا الدور الذي يقوم به الظاهر، تكرسه التطبيقات التشريعية للظاهر، والتي سبق أن أشرنا إليها في مطلع هذا الفصل وسنشير إليها لاحقاً بشيء من التفصيل، حيث أن الحماية التي توفرها هذه التطبيقات للغير حسن النية تتوقف على مدى اكتمال الظاهرة، فإذا ما اكتمل، عد التصرف الذي اكتسب الغير بموجبه حقاً، صحيحاً كما لو أنه صدر من ذي صفة.

وقد تواترت أحكام القضاء على إيضاح دور الظاهر وأثره في حماية الغير حسن النية، بصورة دقيقة وواضحة، من ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦٢ والذي اعتبرت فيه أن تصرفات النائب الظاهر، ترتب آثارها في مواجهة الموكل، حماية للغير حسن النية، كما لو كان النائب الظاهر يملك سنداً قانونياً في إبرامها[٢].

وفي ذات الاتجاه استقر قضاء محكمة النقض المصرية في جميع أحكامها التي اعتبرت فيه نظرية الظاهر قاعدة واجبة الإعمال ومنها الحكم الشهير الصادر عام ١٩٧١ والذي جاء فيه **((يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر، المخالفة للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد اعتقاداً عاماً بمطابقة المركز للحقيقة))**[٣].

---

(١) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص٥٨، ومحسن البنيه، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) نقض فرنسي ١٩٦٢م، مشار إليه لدى فتيحة قره، مرجع سابق، ص٩١.

(٣) نقض مدني مصري، ٣٠ نوفمبر ١٩٧١، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، ١٩٧١، ص٩٥٩.

وهذا ما عبرت عنه محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها، حيث اعتبــرت أن الاعتداد بالظاهر، يؤدي إلى اعتبار تصرف الغير مع صاحب الوضع الظاهر، كما لو أنه أجرى تصرفاً مع صاحب المركز الحقيقي، فينشأ عنه ذات الآثار التي تتولد عن التصرف الحقيقي، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز ((**إن نظرية الوكالة الظاهرة والتي أخذ بها القضاء وأيدها الفقه، جاءت لمواجهة الضرورات العملية، التي يتطلبها استقرار التعامل بين الناس ويكفي لإثباتهــا أن يثبت حسن نية الغير، والمظهر الخارجي للشخص الذي يتعامل معه بأنه مناب عن الموكل وأن ما أجراه من تصرف بالاستناد للمظهر الخارجي يكفي لترتيب آثار النيابة القانونيــة فــي الالتزام**))[١].

الفرع الثاني

الأساس القانوني للظاهر

نظراً لما تتميز به نظرية الأوضاع الظاهرة من طابعٍ فلسفي من جهة، ولدقة ما توجبه من شروط لأجل حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي من جهة ثانية فقد حاول الفقه إيجاد أساس قانوني لرد نظرية الأوضاع الظاهرة إليه، وفي هذا الإطار فقد تنوعت آراء الفقهاء في تحديد الأساس القانوني للظاهر، فذهب جانب إلى تأسيس نظرية الظاهر على فكرة الخطــأ، وآخر على فكرة الثقة المشروعة وآخر على فكرة المخاطر وتحمل التبعة وآخــر علــى فكــرة النيابة في حين رأى بعض الشراح أن الظاهر ذاته كافياً للاستناد إليه لحماية الغير حسن النيــة، وسوف نلقي الضوء على هذه الآراء تباعاً عبر البنود الخمسة التالية:

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩١/١٢٤٥، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ما بين عامي ١٩٩٢-١٩٩٥، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، ج٨، قسم ٣، ص٢٠٥٥.

أولاً: اللجوء إلى فكرة الخطأ:

ويستند هذا الرأي إلى أنه لا يتصور قيام الوضع الظاهر إلا بمساهمة صاحب الحق، أو على الأقل بإهماله وعدم احتياطه ورعونته[١]. فصاحب الوضع الظاهر استناداً إلى هذا الرأي – ما كان ليظهر أمام الكافة بأنه صاحب حق، إلا لأن صاحب الحق قد أهمل في تقصي ماله والحفاظ عليه مما أدى إلى ظهور شخص بمظهر المالك عليه، وبالتالي يكون صاحب الحق مسئولاً مسئولية شخصية مؤسسة على الخطأ وهذه المسئولية توجب التعويض عن الضرر اللاحق بالغير، وخير تعويض هو استبقاء الحق الذي كسبه الغير من صاحب الوضع الظاهر، بحيث لا يتأثر بدعوى الاستحقاق أو المطالبة بالمال التي يرفعها المالك الحقيقي (صاحب الحق)[٢]. وقد جوبهت هذه الفكرة بانتقاد مفاده، أن تأسيس تصحيح تصرفات صاحب الوضع الظاهر استناداً لفكرة الخطأ قد يؤدي إلى إهدار حماية الغير حسن النية في حالة إذا لم ينسب إلى صاحب الحق أي خطأ أو إهمال كما لو عادت ملكية الشيء إلى صاحب الحق بأثر رجعي بعد أن تصرف فيه من زالت عنه الملكية بأثر رجعي[٣].

ثانياً: اللجوء إلى فكرة الثقة المشروعة:

وتنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي ليفي (LEVY) ومؤدى هذه الفكرة أن صاحب الحق يضع على عاتقه واجب التمسك بحقه والدفاع عنه وعدم تركه للغير إلا بإرادته. فإن لم يراع هذا الواجب بإهماله وقلة احتياطه كان مساهماً في إيهام الغير وخديعته مما يترتب عليه أن تترتب في حقه كافة آثار التصرف الذي أجراه الغير مع صاحب الوضع الظاهر تحت تأثير هذا

---

(١) ينسب هذا الرأي للفقيه الفرنسي جازون (Jazon)، مشار إليه لدى محسن البنيه، مرجع سابق، ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) انظر بخصوص هذه الفكرة محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها، وفتحية قرة، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٣) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٣٧-٣٨.

الوهم على اعتبار أن مخالفة صاحب الحق الواجبة في الدفاع عن حقه وعــدم إهمالــه تبــرر مساءلته وبالتالي فقدانه لحقه[1] وقد وجه إلى هذه الفكرة مثل ما وجه إلى فكرة الخطأ من نقد، إذ كيف ينسب لشخص إخلال بثقة الغير المشروعة في أدائه لواجبه في المحافظة على حقــه، إذا كان ظهور صاحب الوضع الظاهر على ماله قد تم بغير علمه أو إرادته[٢]، كما يرى البعض أن الواجب الذي تشير إليه هذه الفكرة هو واجب أخلاقي وليس قانوني[٣].

ثالثاً: اللجوء إلى فكرة المخاطر وتحمل التبعة:

وتقوم هذه الفكرة التي تنسب للفقيه الفرنسي كريمو (CREMIEU) علــى أن المالــك للمال يجب أن يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل ومنها مخالفة الحقيقة للظاهر الذي تم التعامل على أساسه لأن تأمين حركة التعامل مصلحة عامة تعلو المصلحة الخاصة للمالك، وأن مصلحة حسن سير المعاملات المالية تمثل مصلحة عليا وراجحة على ما عداها من المصــالح، وبالتالي فإنها تكفي لتبرير نزع ملكية المالك الحقيقي[٤].

ويعاب على هذه الفكرة عدم استنادها إلى أساس قانوني واضح فهي لا تنطوي علىأيــة فكرة قانونية وإنما هي مجرد رأي فلسفي محض تأباه طبيعة الأمور كما وأن تحمل التبعة كفكرة ليس مسلماً به حتى في مجال المسئولية المدنية[٥].

رابعاً: االلجوء إلى فكرة النيابة[٦]:

وتقوم هذه الفكرة على رأي مفاده أن الشخص عندما يتصرف في مال من الأموال، فإن

---

(١) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩، وكذلك فتحية قرة، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣) انظر تفصيل ذلك لدى محسن البنيه، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٤) انظر محسن البنيه، مرجع سابق، ص ٤٠، ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٥) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٤٠، وفتحية قرة، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٦) تنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي كاربونيه (CARBONNIER) حيث أشار لملخص رأيه فــي هــذا الخصوص محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠؟

ذلك يكون إما لأنه يتصرف في مال له، وإما لأنه ينوب عن صاحب هذا المال، في التصرف فيه. وإنطلاقاً من هذا المفهوم،فإن صاحب الظاهر حينما يتصرف في مال لا يملكه، فإنما يتصرف فيه باعتباره نائباً عن صاحبه، ما دام يحتج بهذا التصرف على صاحب الحق، فصاحب الظاهر قد ظهر أمام الغير بمظهر الصاحب الحقيقي للحق، أوأنه على الأقل قد قام بإدارة أعمال هذا الأخير، وبمقتضى هذا التصرف من النائب، يفقد المنيب -وهو هنا الوارث الحقيقي- حقه ويكتسبه المتصرف إليه، أي الغير[١].

ولا يخفى ما يعتري هذه الفكرة من مطاعن من شأنها أن تجعلها غير جديرة بالقبول، وليس أقل هذه المطاعن والانتقادات أن هذه الفكرة تقوم على الافتراض. وذلك بافتراضها الإرادة الضمنية لصاحب الحق في إنابة غيره (صاحب الوضع الظاهر) بالتصرف نيابة عنه. ومن ناحية أخرى فإن للنيابة مصادر محددة لا تقوم النيابة بغيرها، فالنيابة إما أن تكون اتفاقية أو قانونية أوقضائية ولا تكون في غير هذه الأحوال أما في حالة الظاهر فإن صاحب الحق لم يوكل صاحب الظاهر[٢].

خامساً: اللجوء إلى فكرة الظاهر ذاتها:

يرى بعض الشراح[٣] أن مظهر الحق متى كان معقولاً ينبغي أن ينتج في العلاقة مع الغير نفس الآثار التي ينتجها الحق نفسه، ذلك أن المظهر المستقر المبرر يصلح في ذاته أساساً

---

(١) انظر تفصيل هذه الفكرة لدى محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) فتحية قرة، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) نعمان جمعة، مرجع سابق، ص٤٧. وقد تبنى هذا الرأي عبد الباسط الجمعي في رسالته عن نظرية الأوضاع الظاهرة، ونشير في هذا الخصوص إلى اننا قد بذلنا ما في وسعنا للحصول على نسخة من رسالة عبد الباسط الجميعي باعتبارها أهم مرجع عربي في هذا الخصوص ولكننا لم نوفق، فاكتفينا بالإحالة إليها من خلال المؤلفات الفقهية التي تناولتها واعتمدت عليها.

قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر، فالسبب في حماية الغير هو وجود المظهر والبحث وراءه هو بحث فلسفي يجاوز حدود القانون.

ونرى بأن هذا الرأي على الرغم من وجاهته فإنه ليس عصياً على النقد، إذ كيف يمكن للظاهر الخادع أن يستقر دون أن تتظافر عوامل عدة في استقراره. وهل مجرد إدعاء شخص بأنه مالك للمال وأن في وسعه التصرف به كافٍ لتبرير حماية الغير المتعامل مع هذا الشخص مع ما يترتب عليه من نزع ملكية صاحب الحق.

ونضيف بأن الظاهر لا يمكن له أن يستقر بحيث ينخدع به الغير ويجري تعامله على أساسه إلا إذا كان منسوباً لصاحب الحق، بأن يكون قد ساهم بخطئه أو إهماله إما في نشوء الظاهر أو في استقراره. ولذلك فإننا نرى بوجوب تأسيس نظرية الأوضاع الظاهرة على فكرة الخطأ المنسوب لصاحب الحق حتى يمكن تبرير إلزامه بتصرفات صاحب الوضع الظاهر بحيث يتوجب التقصي عن ضرورة أن يكون الركن المادي للظاهر ناشئاً عن تقصير صاحب الحق أو إهماله.

الفرع الثالث

وحدة مفهوم الغير

مما يميز نظرية الأوضاع الظاهرة، وحدة مفهوم الغير في إطارها، فلا يختلف مفهوم الغير في أي من الحالات التي تستند فيها الحماية لنظرية الأوضاع الظاهرة، فالغير بخصوص الظاهر هو الأجنبي عن الظاهر ذاته، ولا يكون الغير أجنبياً عن الظاهر إلاّ إذا لم يقم أو لم يساهم في وجود الظاهر واستقراره وليس خلفاً عاماً أو ممثلاً بواسطة صاحب الوضع الظاهر

في خصوص هذا الوضع[١]، وهو في الوقت ذاته قد تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بقصد الحصول منه على حق أو ميزة[٢].

فحتى تتحقق صفة الغيرية في المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر سواء كان وكيلاً ظاهراً أم مالكاً ظاهراً أم دائناً ظاهراً في التشريعات التي أقرت فكرة الدائن الظاهر فلا بد أن يكون المتعامل أجنبياً تماماً عن المظهر المادي للوكالة الظاهرة أو الملكية الظاهرة، فضلاً عن ألا يكون خلفاً عاماً للوكيل أو المالك أو ممثلاً بواسطة أي منهم، ويترتب على ذلك أن مساهمة الغير في نشأه الظاهر واستقراره، بأن كان يعلم حقيقة الظاهر أو ساهم في نشأته[٣] يؤدي إلى انتفاء صفة الغيرية بالنسبة له. كما يترتب على ثبوت كونه خلفاً عاماً لصاحب الوضع الظاهر أو كونه ممثلاً بواسطته انتفاء صفة الغيرية أيضاً. والحقيقة أن مناط اعتبار المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر غيراً -أن يكون أجنبياً عن الظاهر- هو أمر يرتبط بحسن أو سوء نية هذا المتعامل، فلا يمكن لشخص أن يساهم في نشأة واستقرار وثبات وضع ظاهر دون أن يكون عالماً بحقيقته، فإذا كتم شخص خبر وفاة الموكل عن الوكيل رغم علمه بأن وفاة الوكيل يترتب عليه انتهاء الوكالة، ومع ذلك أجرى تصرفاً مع الوكيل، فإنه بذلك يكون قد ساهم في نشأة الظاهر وفي استقراره وأن قيامه بإجراء التصرف مع الوكيل من شأنه أن يخلق الاعتقاد بثبوت وكالة الوكيل عن موكله رغم وفاة هذا الأخير.

---

(١) فتيحة قرة، المرجع السابق، ص ٢٩

(٢) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٤٦

(٣) يعد من قبيل مساهمة المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر في نشأة الظاهر واستقراره كتم خبر عزل الوكيل إن كان مكلفاً بذلك أو كتمه خبر بقاء الوارث الحقيقي على قيد الحياة أو كتمه خبر زوال مانع الميراث عن أحد الورثة عند تقسيم التركة رغم علمه بذلك، انظر سيد بدوي، المرجع نفسه، ص٥٢٥.

وعلى أية حال فإن التحقق من مدى توافر صفة الغيرية فيمن أجرى تصرفاً مع صاحب الوضع الظاهر متروك لسلطة المحكمة التقديرية خاصة وأن ذلك مرتبط أحياناً بحسن نية هذا المتعامل أو سوئها، ذلك أنه على الرغم من أن سوء النية لا يعني مساهمة هذا المتعامل في إنشاء الظاهر أو استقراره إلاّ أنه قد يصلح قرينة على انتفاء صفة الغيرية في هذا التعامل، ويترتب على انتفاء صفة الغيرية عدم الحاجة إلى البحث عن باقي شروط الظاهر، وإن إثبات انتفاء صفة الغيرية في المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر يقع على عاتق صاحب الحق الأصيل وله أن يثبته بكافة طرق الإثبات.

المطلب الثاني

أركان الظاهر

إن الظاهر بوصفه مصدراً للحق، لا يكون كذلك إلا إذا استجمع أركانه. والفقه والقضاء مستقران على أن للظاهر ركنان، أحدهما مادي، يتصل بصاحب الوضع الظاهر الذي ظهر بمظهر صاحب الحق، والآخر معنوي يتصل بالغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ونظراً لأن نظرية الظاهر متكاملة الأركان، فلابد من اجتماع هذين الركنين معاً واكتمالهما، وسوف نعرض لهذين الركنين عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الركن المادي للظاهر

يقصد بالركن المادي الذي يدخل في تكوين الظاهر المخالف للحقيقة، تلك الشواهد المادية الخارجية والتي تمثل حقيقة مرئية، تبدو كمظهر لمركز قانوني صحيح في الواقع، تدعو الغير إلى الاعتقاد بأن من تتوافر فيه هذه الشواهد والعناصر هو صاحب المركز القانوني، مما يدفعه للتعامل معه[١]. فالركن المادي ما هو إلا شواهد الخارجية وهذه الشواهد الخارجية لابد وأن تكون مبنية على واقعة منشئة لها ومقررة للمركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر بصفة عامة، فالركن المادي للظاهر قد يكون ناشئاً عن تصرف إرادي أو واقعة مادية، أو قرار إداري أو حكم قضائي يخول شخصاً ما بأن يباشر مكنات أومزايا أو اختصاصات أو صلاحيات يمنحها مركز قانوني معين لصاحب الحق الأصيل[٢]. فقد يكون الركن المادي ناشئاً عن صدور تصرف قانوني باطل أو منعدم أو عرضة للفسخ أو الزوال إلى شخص معين، فمن شأن هذا التصرف أن يظهر من صدر له التصرف بمظهر الملك للمال مما يدفع الغير إلى التعامل معه[٣]، وقد يكون الركن المادي ناشئاً عن واقعة مادية كقيام شخص بتزوير سند بصورة متقنة، مما يظهره أمام الغير بأنه مالك للحق الثابت في السند أو أنه نائب عن الدائن في استيفاء حقه من المدين إذا كان السند عبارة عن مخالصة صادرة عن الدائن الحقيقي[٤].

وقد يتمثل الركن المادي في حكم قضائي يتضح فيما بعد فساده لخطأ في القانون أو

---

(١) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) انظر فتيحة قرة، مرجع سابق، ص٢٤.

(٣) انظر مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩، وفتحية قرة، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤) انظر فتحية قرة، المرجع السابق، ص ٣١.

لاستناده إلى وقائع غير صحيحة أو إلى سند قانوني ثبت فيما بعد تزويره[١]، ذلك أنه من شأن هذا الحكم القضائي الخاطئ أن يثبت ملكية شخص معين علىمال معين،مما يظهره أمام الغير بأنه المالك الحقيقي للمال[٢].

وقد تكون الحيازة سبباً في نشوء الركن المادي للظاهر، فمن يحوز عقاراً بهدوء وعلانية وبدون لبس أو غموض ودون منازعة من أحد لابد أن يظهر أمام العامة بمظهر المالك مما يدفع الغير إلى التعامل معه على هذا الأساس[٣].

وقد يكون الركن المادي ناشئاً عن توافر شواهد مادية خارجية كبقاء سند الوكالة في يد الوكيل رغم انقضاء وكالته أو كحيازة شخص لسند المخالصة الصادر من الدائن والتقدم به إلى المدين باعتباره دائناً أو وكيلاً عن الدائن في استيفاء الدين.

وما ذكرناه من حالات وشواهد لنشوء الركن المادي للظاهر ليست على سبيل الحصر، وذلك لأن الواقع المتنوع قد يقدم العديد من الأوضاع والحالات المنشئة للركن المادي للظاهر.

ومما هو جدير بالذكر أن تحقق الركن المادي للظاهر لا يتوقف على الحالة النفسية لصاحب الوضع الظاهر، فسواء كان عالماً بانعدام صفته أو انقطاع سنده القانوني في إجراء التصرف أو لم يكن، فإن الركن المادي يقوم[٤] ويبقى اكتمال الظاهر رهناً بتحقق الركن المعنوي

---

(١) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) يضرب الفقه مثالاً على هذه الحالة قضية لابوسنير التي أثيرت أمام القضاء الفرنسي، حيث كان القضاء قد حكم بأموال التركة لموصى له ثبت فيما بعد أن وصيته مزورة، وقد اعتبره القضاء وارثاً ظاهراً بالرغم من إلغاء وصيته وذلك لأن الغير قد تعامل معه على أساس حكم قضائي اعترف بصفته كموصى له. لمزيد من التفاصي راجع فتحية قرة، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣) انظر مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٥، وفتحية قرة، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٤) لم يراع المشرع الأردني والمقارن هذا المفهوم فيما يتعلق بحالة الوكالة الظاهرة حيث اشترط أن يكون الوكيل المتعامل مع الغير غير عالم بانقضاء الوكالة. راجع المواد (١١٤) أردني و(١٠٧) مصري و(١٠٨) سوري.

الفرع الثاني

الركن المعنوي للظاهر

وهو الركن المتعلق بالغير مدار الحماية، ولا يمكن البحث عنه خارج إطار الغير. وتكمن أهمية الركن المعنوي في تدعيم الركن المادي، فإذا كان الركن المادي هو المركز الواقعي الذي لا يستند إلى القانون، وليس من شأنه أن يرتب أثراً قانونياً لصالح أحد، فإن الركن المعنوي هو الذي يضفي شكلاً متكاملاً للظاهر، ويقدم المبرر لإضفاء الحماية على الغير الذي خدع بالمركز الواقعي المخالف للقانون، فتوافر الركن المعنوي من شأنه تبرير وضع الغير، وتأكيد جدارته بالحماية.

ويقصد بالركن المعنوي، عدم علم الغير أو عدم إمكانية علمه بانعدام الصفة القانونية لصاحب الوضع الظاهر[1]، أو بمعنى أدق انقطاع سنده القانوني في إجراء التصرف مع الغير. وهذا يعني أن عماد الركن المعنوي هو حسن نية الغير والتي لا بد أن تتحقق بالمعنى المتقدم، على أن حسن النية لا يكفي بذاته لترتيب آثار الظاهر، بل يجب أن يقوم حسن النية على أسباب تبرره، وهو ما دفع ا لفقه إلى استخدام تعبير حسن النية المبرر أو المعقول أو الشائع[2]. وهو ما يعني أن يكون حسن نية الغير قائماً ومستنداً على أسباب موضوعية ناشئة عما يعرف بالغلط الشائع أو الغلط المعقول.

ومما سبق، يتضح أن الركن المعنوي لا يكتمل دون توافر عنصرين، أحدهما يكمل الآخر، وهما حسن النية لدى الغير، والغلط الشائع الذي يستدل منه على توافر حسن النية لدى

---

(١) فتيحة قره، مرجع سابق، ص٣٥.

(٢) مجدي عزالدين، مرجع سابق، ص٢٥٣. ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص٣٣.

الغير أم لا، والذي يعد -بحسب رأي الفقه- عنصر ترجيح ورقابة على حسن النية[١]، وعليه فسوف ندرس الركن المعنوي للظاهر من خلال هذين العنصرين.

أولاً: حسن النية:

وهو عنصر ذاتي يتعلق بالغير، فلا يبحث عنه خارج نطاقه، ويقصد به عدم علم الغير المخلص والنهائي والبات بالصفة الحقيقية للمتصرف معه، أي عدم علمه بأن من يتعامل معه ليس ذا صفة في إجراء التصرف معه[٢]، فحسن النية إذاً ينبني على اعتقاد مخالف للحقيقة، ناشئ عن غلط وقع فيه الغير. وعدم العلم ينصب على صفة المتصرف، لأن العلم بوقائع وعيوب أخرى غير عيب انعدام الصفة لا ينفي حسن النية[٣]، ويترتب على ذلك أن الجهل بوقائع وعيوب أخرى مع العلم بصفة المتصرف، لا ينفي حسن النية، لأن مناط حسن النية في إطار نظرية الظاهر، هو عدم العلم بصفة المتصرف، أو عدم إمكانية ذلك[٤].

وعدم العلم بصفة المتصرف، يجب أن يكون باتاً ونهائياً ومخلصاً، وذلك بأن يكون الغير متيقناً ومتأكداً ولا يساوره أدنى شك في أنه يجري التصرف مع صاحب الحق، فإذا توافر الشك لدى الغير في صفة المتصرف معه، سواء تعلق بصحة التصرف الذي يستند إليه حقه أو باستقرار حقه نهائياً، فإن هذا الشك ينفي حسن نية الغير، ويظهر سوء نيته، لأن حسن النية يفرض على الغير واجب التحقق من صفة المتصرف إذا ثار الشك حوله، وتقصيره، في القيام بمثل هذا التحقق والتمحيص يؤدي إلى استبعاد حسن نيته[٥]. فعلى سبيل المثال، لا يمكن اعتبار

---

(١) انظر: مجدي عزالدين، مرجع سابق، ص٢٥٦.

(٢) انظر: سعودي سرحان، المرجع السابق، ص٢٥٧. وكذلك نعمان جمعة، المرجع السابق، ص١٣٢.

(٣) انظر نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٢٥٣، وسعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٤) انظر نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٥) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص١٣٢.

الغير حسن النية إذا تولد لديه الشك في صفة المتصرف أو استقرار حقه نهائياً، ومع ذلك سارع في إبرام التصرف معه، كما لو علم الغير بأن سلفه لم يسدد ثمن الشيء موضوع التصرف ورغم ذلك أجرى التصرف معه -فهنا- لا يمكن الوثوق بهذا الغير، ولا يمكن القول بتوافر حسن النية لديه، لأن علمه بعدم سداد سلفه لثمن الشيء موضوع التصرف، يعني علمه باحتمال فسخ سند ملكيته، ومثل هذا العلم من شأنه أن يدخل الشك في نفسه فيما يتعلق بنهائية حق سلفه، وبالتالي فهو سيئ النية[١] وفي هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز (بأن ثبوت علم الغير بانقضاء الوكالة ينفي حسن نيته)[٢].

وحسن النية هو أمر ذاتي داخلي يتعلق بالغير، وبالتالي فهو مفترض فيه، فلا يقع عليه عبء إثباته[٣]، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبته وبكافة طرق الإثبات، كما أن لمن يدعي قيام الشك لدى الغير في معرض إجرائه التصرف أن يثبته، لأن قيام الشك كما أسلفنا يكون دليلاً على الغش وسوء القصد لدى الغير، وبالتالي انتفاء حسن نية لديه.

وصفوة القول فإن مفاد عنصر حسن النية المنشئ للظاهر، يرتكز على عدم علم الغير الحقيقي أو الحكمي بصفة من أجرى التصرف معه، بحيث لا يكون عدم علمه ناشئاً عن خطأ في جانبه يتمثل في تقصيره وعدم تحوطه وتحققه من صفة المتصرف معه، فإذا ثبت هذا الخطأ في جانبه، انتفى حسن النية لديه، ولم يعد هناك أي مبرر لحمايته[٤].

---

(١) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص١٣٣.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٠/٣٧٨، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ما بين عامي ٨٩-٩١، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، ج٧، قسم٢، ص١٣٢٨.

(٣) مجدي عز الدين، مرجع سابق، ص٢٥٦. وعبد الباسط الجميعي، مرجع سابق، ص٣٣٨.

(٤) انظر: عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٣٣٩.

ثانياً: الغلط الشائع[١]:

يمثل الغلط الشائع العنصر الثاني المكون للركن المعنوي في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة، ويسمى بالعنصر الموضوعي، ذلك أن الاكتفاء بحسن نية الغير لاجل تصحيح التصرف الذي أجراه مع صاحب الوضع الظاهر يجافي العدالة، لأن حسن النية واقعة سلبية مفترضة وبالتالي فإنها لا تصلح وحدها لترجيح مصلحة الغير في مواجهة مصلحة صاحب الحق فلا بد إذاً أن يكون حسن النية ناشئاً عن مجموعة ظروف وملابسات أدت إلى انخداع الغير ودفعه إلى الاعتقاد خلاف الحقيقة أنه يجري التصرف مع صاحب الحق ثم قام تحت تأثير هذا الاعتقاد الخادع بإبرام التصرف. ولذلك فإن الغلط الشائع يعد في نظر الكثير من الفقه[٢] عنصر ترجيح ورقابة على حسن النية، فمن ناحية كونه عنصر ترجيح، فذلك لأن عنصر حسن النية

(١) يعود الفضل في نشأة فكرة الغلط الشائع إلى القانون الروماني الذي استند إليها لكي يضفي الشرعية على التصرفات التي أبرمها باربريوس، وهو عبد شغل وظيفة القضاء خلافاً للقواعد العامة في ذلك القانون التي كانت تمنع العبيد من إبرام التصرفات القانونية، إلاّ أن باربريوس ونتيجة لظهوره بمظهر الأحرار في مواجهة العامة، حيث اختير بريتوراً قام بإبرام العديد من التصرفات، ومن ثم ثار التساؤل عن مصير التصرفات التي أجراها باعتباره بريتوراً، ولذلك فقد صحح القانون الروماني كافة التصرفات التي أجراها باربريوس، كما صحح كافة الأحكام التي أصدرها بوصفه كذلك، أي اعتبرها عنواناً للحقيقة ولم يلغها. وإذا كان القانون الروماني هو الذي ابتدع هذه الفكرة، فإن الفضل في صياغتها يعود للفقه الفرنسي وبالتحديد الفقيه مازو (Mazeau) الذي اعتبر فكرة الغلط الشائع يولد الحق مصدراً لاكتساب الحقوق كما كان لمجلس الدولة الفرنسي دور في تكريس هذه الفكرة عندما أصدر عام ١٨٠٧ قراراً تفسيرياً له قوة القانون جاء نتيجة أن الغلط الشائع يولد الحق كما أخذ القانون القديم بهذه النظرية في العديد من قواعده، وعلى الرغم من إحجام القوانين المدنية الفرنسية المتعاقبة عن إقرار هذه القاعدة، إلاّ أن القضاء الفرنسي جرى على الاستناد إليها في بعض الأحوال، وخاصة فيما يتعلق بتصحيح تصرفات الوارث الظاهر، وتقرير الحماية للدائن المرتهن في تصحيح الرهن.
انظر في هذا الخصوص: محسن البنيه، مرجع سابق، ص٦٢ وما بعدها. ومجدي عزالدين، المرجع السابق، ص٢٦١. وعبدالباسط الجميعي، مرجع سابق، ص١٢. ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص١٥٩.

(٢) عبد الباسط الجميعي، مرجع سابق، ص١٢. وكذلك نعمان جمعة، مرجع سابق، ص١٥٩. ومجدي عزالدين، مرجع سابق، ص٢٦١. ومحسن البنيه، مرجع سابق، ص٦٣ وما بعدها. وسعودي سرحان، مرجع سابق، ص٢٨٣.

وحده لا يكفي لتصحيح التصرف الذي أجراه الغير مع صاحب الوضع الظاهر، وبالتالي لا بد أن يكون حسن النية مستنداً إلى جملة شواهد وملابسات تنبئ عقلاً ومنطقاً بأن من يجري الغير التصرف معه مخول قانوناً بإجراء مثل هذا التصرف أياً كان شكل هذا التخويل. ومن ناحية أنه عنصر رقابة، فذلك لأن حسن نية الغير يتقرر من خلاله، فإذا كانت الشواهد المحيطة بمن يجري التصرف مع الغير، غير كافية للقطع والجزم بأنه صاحب الحق الأصيل وأنه يملك سلطة إجراء هذا التصرف بحسب المجرى العادي للأمور، فلا مناص من استبعاد حسن النية لدى الغير وبالتالي حرمانه من الحماية. كما أن اعتبار الغلط الشائع عنصر ترجيح ورقابة إنما يكفل جدية الحالات التي تتقرر فيها حماية الغير حسن النية استناداً لنظرية الأوضاع الظاهرة وذلك لما لهذه الحماية من خطورة تتمثل في انتهاك الشرعية(١).

وتأسيساً على ما تقدم أمكننا أن نعرف الغلط الشائع في هذا الخصوص بأنه الغلط الناشئ والمتولد عن وجود شواهد تحيط بصاحب الوضع الظاهر، من شأنها أن تولد الاعتقاد بأن هذا الشخص هو صاحب الحق،

وعلى الرغم من أن الفقه مستقر على إقرار الغلط الشائع كأحد عناصر الركن المعنوي للظاهر، فإنه اختلف في تحديد معياره.

حيث ذهب جانب من الفقه(٢) إلى تأييد المعيار الذي لجأت إليه محكمة النقض الفرنسية في تحديد الغلط الشائع وهو المعيار القائم على درجة قوة الغلط، فهي ترى أن الغلط الشائع هو

---

(١) مجدي عزالدين، مرجع سابق، ص٢٦١.

(٢) كالفقيه مازو والذي يعود إليه الفضل في صياغة نظرية الغلط الشائع، ومن الفقه العربي عبد الباسط الجميعي في رسالته للدكتوراه المشار إليها لدى نعمان جمعة، ص١٦٠. وسعودي سرحان، ص٢٨٦.

الذي لا يمكن تفاديه، وليس بإمكان الغير توقعه أو دفعه. وعلى الرغم من دقة هذا المعيـار، إلاّ أنه بالغ القسوة، ويؤدي إلى استحالة أعمال فكرة الظاهر وبالتالي إهدار الحقوق المكتسبة للغيـر والتي اكتسبها بحسن نية. وقد تراجع القضاء الفرنسي عن هذا المعيار، ولجأ إلى معيار آخـر هو معيار الرجل العادي فإذا كان من شأن الغلط أن يخدع الرجل المعتاد إن وجـد فـي مثـل ظروف الغير فهو غلط شائع وبخلاف ذلك لا يكون غلطاً شائعاً، ويبدو هذا المعيار هو السـائد حالياً لدى الفقه[1] والقضاء[2]. ويؤدي تطبيق هذا المعيار إلى ضرورة انتفاء الخطأ في جانـب الغير وذلك بأن يبذل الجهد المألوف في التحري عن حقيقة الواقع بما يـوازي يقظـة الرجـل

---

(١) كالفقيه الفرنسي روسو (ROSSEW) الذي ذهب إلى القول بأن الغلط الذي يكون من شأنه تلمس العـذر للغير عند الوقوع فيه هو الغلط المبرر، فيجب ألا يكون ذلك الغلط مما لا يقـع فيـه سـوى السـذج أو المهملون. انظر محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٦٦.
وهذا ما ذهب إليه الفقيه جاستون جيز حيث يرى أن الغلط المعتبر هو ذلك الغلط الـذي يصـعب علـى الشخص العادي المتوسط الذكاء والحرص على عدم الوقوع فيه. أما بالنسبة للفقه العربي فنجد أن غالبيـة الشراح يؤيدون هذا المعيار، انظر نعمان جمعه في مؤلفه السابق الذكر ص١٦٠، ومحسن البنيه في مؤلفه السابق الذكر ص٦٥، وماجد الحلو، المرجع السابق، ص٧٧-٧٨، ومجدي عزالدين، المرجـع السـابق، ص٢٧١.

(٢) نقض مدني فرنسي ١٩٦٢/١٢/١٣ حيث أشار صراحة إلى أن الغلط لا يعتد كعنصر في الركن المعنوي للظاهر إلاّ إذا كان من شأنه خداع من هو في درجة يقظة الغير وحرصه، مشار إليه لدى فتيحـة قـره، المرجع السابق، ص٩١، أما القضاء المصري فقد استخدم لفظة الغلط العـام، نقـض مـدني مصـري، ١٩٨٩/١٢/٢٨، ونقض مصري ١٩٩١/١١/٢٤، ونقض مصري ١٩٩٢/١/٢٠، مشار إليها جميعاً لـدى المحامي عبد المنعم حسين، المدونة الذهبية للقواعـد القانونيـة، العـدد ٤، ج٢، ط١، ١٩٩٤، القـاهرة، ص١٤٥٧. وعلى الرغم من أن هذه الأحكام لم تفصح عن معيار محدد فإن انحياز جماع الفقه في مصـر لمعيار الرجل المعتاد يقودنا إلى استقرار هذا المعيار لدى القضاء دون الإفصاح عنه صراحة. أما بالنسبة لمحكمة التمييز فإنها لم تفصح عن معيار محدد للغلط حيث جاء في حكم حديث لهـا (لا ينصـرف أثـر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عمـلاً بالمـادة ٨٣٣ مـدني أردني، إلاّ أن المظهر الخارجي المستوي للموكل يكون من شأنه أن يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير الوهم...) تمييز حقوق رقم ٩٢/٥٦٣ مشـار إليـه فـي مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمـة، ج٨، قسم ٣، ص٢٠٥٩.

المعتاد[1]، وقد دفع انحياز الفقه لهذا المعيار إلى استبدال تسمية الغلط الشائع بالغلط المعقــول أو الغلط المبرر.

ونرى من جانبنا أن تسمية الغلط الشائع لا تحول دون تطبيق معيار الرجل المعتاد وأن هذه التسمية قديمة، كما أن مفهوم الشيوع لا يعني بالضرورة أن يكون الغلط من شــأنه خــداع الكافة بل قليلي الحرص والسذج والمهملين.

المطلب الثالث

النطاق التطبيقي للظاهر

سلف القول، أن الظاهر لا يرقى إلى درجة المبادئ القانونية بل هو مبدأ استثنائي. وقد ألقى هذا التصور للظاهر بظلاله على التطبيقات التشريعية له في مجال المعــاملات المدنيــة بصورة متفاوتة فالتشريع الأردني ومن خلفه قضاء محكمة التمييز التزم بالتصوير السابق بيانه للظاهر بصورة كبيرة في حين اتسع نطاق تطبيق الظاهر في التشــريعات المدنيــة المقارنــة وخاصة التشريع المصري حينما لم تقتصر تطبيقات الظاهر على النيابة الظــاهرة أو الملكيــة الظاهرة كما هو الحال في القانون المدني الأردني وإنما مدت حمايتها للغير حسن النية إذا ما قام بالوفاء للدائن الظاهر على الرغم مما تنطوي عليه هذه الحماية من إهدار لحقوق الدائن الحقيقي. وعموماً فسوف نلقي الضوء على نطاق تطبيق الظاهر على فرعين، فنعرض في الأول لنطــاق تطبيق الظاهر في القانون المدني الأردني ونعرض في الثاني لنطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية المقارنة.

---

(١) مجدي عز الدين، المرجع السابق، ص٢٧١.

الفرع الأول

نطاق تطبيق الظاهر في القانون المدني الأردني.

اقتصر المشرع الاردني في تطبيقه لنظرية الظاهرعلى حماية الغير حسن النية المتعامل مع النائب الظاهر أو المالك الظاهر وهو في هذين التطبيقين قد التزم باعتبار الظاهر منشئا للحق وليس مصدرا لقواعد القانونية وكونه لا يسري على حالات مستقبلية يثور فيها التنازع بين القانون والواقع. وقد انعكس هذا التضييق لتطبيقات الظاهر على مسلك محكمة التمييز حيث جاءت أحكامها صدىً لما هو منصوص عليها في القانون، وتأسيسا على ما سبق فسوف نعرض اولاً للتطبيقات التشريعية للظاهر على أن نبحث ثانيا موقف محكمة التمييز من الظاهر.

أولاً: التطبيقات التشريعية للظاهر

١- النيابة الظاهرة: اعتد المشرع بالنيابة الظاهرة كأحد تطبيقات الظاهر حيث يستفاد ذلك من المادة (١١٤) من القانون المدني الأردني، والتي تنص "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه" وظاهر من هذا النص أن المشرع الأردني يضفي حمايته على الغير حسن النية الذي أجرى تصرفاً مع النائب رغم انقضاء نيابته، وذلك بإعمال أثر الوكالة في مواجهة الموكل رغم انقضاءها وتقوم فكرة الظاهر في هذا التطبيق على اعتبار أن استمرار ظهور شخص ما بمظهر النائب عن الأصيل رغم انقضاء نيابته يعد خلقاً للظاهر الخادع الذي دفع الغير للتعامل مع صاحب الوضع الظاهر (النائب الظاهر) تحت تأثير الغلط بصفتهما الحقيقية.

بيـد أن اعتبـار هذه الحالة تطبيقاً الظاهر، كان محلا لخلاف فقهي، حيث نازع بعض الشراح[١] في اعتبار المادة (١١٤) مدني المقابلة للمداتين (١٠٧) من القانون المدني المصـري و(١٠٨) من القانون المدني السوري تطبيقاً لفكرة النيابة الظاهرة، ويرون أنها نيابة حقيقية، وكل ما في الأمر أن النيابة وقد تحقق سبب انقضاءها إلا أن المشرع يبقيها ويُعمل آثارها حماية للغير الذي تعامل مع النائب على أساس وجود النيابة ولم يكن يعلم بانقضاءها[٢] كما يـرى هـؤلاء الشراح أن نص المادة الذي يعتقد البعض أنه تطبيق لفكرة الوكالة الظاهرة، لا يتطـرق لحالـة الوكالة الظاهرة، وإنما ينظم علاقة الموكل بالوكيل[٣].

ولعل ما حدا بهؤلاء الشراح إلى القول بهذا الرأي هو أن المادة (١١٤) المقابلة للمادتين (١٠٧) من القانون المصري و (١٠٨) من القانون السوري تشترط توافر حسن النية لدى النائب جنباً إلى جنب مع حسن النية لدى الغير وهم يرون أن قيام الوكالة الظاهرة يتم بمعزل عن حسن أو سوء نية النائب، وأن اشتراط توافر حسن النية لدى النائب يعبر عن إرادة المشرع في إبقـاء الوكالة وإعمال آثارها على الرغم من انقضاءها حماية للغير حسن النية[٤].

وفي عكس هذا الاتجاه ذهب بعض الشراح إلى اعتبار ان الوكالة الظاهرة قد تجسـدت في المواد (١١٤، ١٠٨، ١٠٧) وجماع رأيهم، هو أن اشتراط المشرع توافر حسن النية لدى

---

(١) عدنان السرحان، النيابة في التصرفات القانونية، الطبعة الأولى ١٩٨٠، الهيئة العامة المصرية للكتـاب ص ٢٧٤ وما بعدها وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، الوكالة والمقاولة، المجلد الأول بدون سنة طبع ص ٦٥٨ وجمال مرسي بدر، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة فـي المقاولة والوكالة والكفالة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦ ص ١٦٤-١٦٥.

(٢) جمال مرسي بدر، المرجع السابق ص ٢٧٤.

(٣) عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

(٤) انظر عدنان السرحان، المرجع السابق، ص ١٦٥.

النائب هو من قبيل التزيد الذي لم يخل بالتطبيق التشريعي لفكرة الظاهر(١).

أما بخصوص راينا في هذا الخصوص فنرى أن المادة (١١٤) هي تطبيق لفكرة الوكالة الظاهرة، لأن المشرع كان صريحاً في الاعتداد بأثر الوكالة المنقضية وسريانها في مواجهة الأصيل أو خلفائه، ذلك أن المشرع يتحدث في المادة (١١٤) عن انقضاء الوكالة، فتحقق سبب انقضاء الوكالة واستمرار ظهور الوكيل بمظهره هذا، من شأنه أن يخلق الركن المادي للظاهر، فالظاهر ما هو إلاّ فكرة مادية خالصة ترتب آثارها الموضوعية بتوافر شروطها.

فضلاً أن الحالة النفسية لصاحب الوضع الظاهر لا تؤثر في قيام الركن المادي للظاهر، فسواء كان صاحب الوضع الظاهر حسن النية أو سيئ النية فالأمر سيان، فالعبرة بالمظهر المادي الخادع، وما استمرار النائب الظاهر في الظهور بمظهر النائب الحقيقي إلاّ خلقاً للركن المادي للظاهر.

وعلاوة على ما تقدم فإن الاجتهادات القضائية التي أقرت فكرة الوكالة الظاهرة لحماية الغير حسن النية، استندت إلى ذات النص القانوني الواحد فيما بين التشريعات المقارنة والذين نازع بعض الشراح بعدم انطوائه على أي تكريس لفكرة الوكالة الظاهرة. فقد اعتبرت محكمة التمييز في حكم حديث لها أن المادة (١١٤) مدني تكرس الوكالة الظاهرة، فقد جاء في حيثيات الحكم (لا يأخذ قانوننا المدني بنظرية الوكالة الظاهرة إلاّ في نطاق الأحكام الباحثة في النيابة بالتعاقد وهي الأحكام المتعلقة بالمادتين (١١٤) و(٨٦١) مدني)(٢).

---

(١) انظر هذا الرأي لدى أنور سلطان، المرجع السابق ص ٦٣ وعبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة/ الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٨٤ ص ٢٣٤-٢٣٥ ونعمان جمعة، المرجع السابق ص ١٥٤ وعبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) تمييز حقوق رقم (٩١/١٢٤٥)، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، جزء ٨، قسم ٣، ص٢٠٥٥.

كما استقر على ذلك اجتهاد محكمة النقض المصرية فقد جاء في أحد أحكامها "أن مفاد المادة (١٠٧) مدني أن القانون لا يحمي الغير الذي تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلاّ إذا كان النائب والغير كلاهما معاً يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد..."[١].

ويدخل في إطار الوكالة الظاهرة، ويعتبر تطبيقاً صريحاً لها ما تقضي به المادة (٣٢٠) مدني و التي تنص "يكون الوفاء للدائن أو لنائبه ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين، من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلاّ إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً"[٢] ويمكن القول من خلال مطالعة هذا النص، إنه إقرار لا شبهة فيه من المشرع الأردني بفكرة الظاهر عموماً وبفكرة الوكالة الظاهرة في حالة انعدام الوكالة بصفة خاصة[٣]. فبموجب هذا النص يمكن اعتبار من يتقدم بمخالصة صادرة عن الدائن ويتقدم بها إلى المدين وكيلاً عنه في قبض الدين أو استيفائه، فإذا ما قام المدين بالوفاء بحسن نية لمن كان حائزاً مخالصة الدين صح وفاؤه وتعذر بالتالي على الدائن الحقيقي الرجوع عليه. فالمشرع جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة. والمشرع يقيم هذه القرينة من أجل حماية الغير حسن النية الذي يقوم بالوفاء لمن يتقدم بهذه المخالصة. ذلك أنه من المتصور أن يقوم شخص بالاستيلاء على هذه المخالصة خلسة أو أن يقوم بتقليدها، ويتقدم بها إلى المدين على أنه وكيل عن الدائن في استيفاء الدين. بيد أنه إذا تم الاتفاق مسبقاً

---

(١) نقض مدني مصري صادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٣٠، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني المصري، ج١، إعداد المستشار معوض عبدالتواب، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ص٣١٥.

(٢) تقابل المواد ٣٣٢ مصري و ٣٣٠ سوري، وإذا كان يمكن الاستناد إلى هذا النص للقول بإقرار المشرع المدني الأردني بفكرة الوكالة الظاهرة بصورة صريحة في حالة انعدام الوكالة، فإنه من الناحية المقابلة فقد أعرض المشرع الأردني عن الأخذ بفكرة الدائن الظاهر والتي أخذت بها التشريعات المدنية المقارنة ٣٣٣ مصري و ٣٢١ سوري و ٣٨٤ عراقي.

(٣) عدنان السرحان، المرجع السابق، ص١٦٤. ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص٨٦. وأنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، دار المطبوعات الجامعية، ج١، ص٩٨٢.

على مراعاة الاعتبار الشخصي في الوفاء، وذلك بأن تم الاتفاق على أن يتم الوفـاء شخصـياً للدائن، فإن القرينة السابقة لا تنهض لصالح الغير حسن النية، وإنما يتوجب عليه في هذه الحالة أن يستوثق من ثبوت صفة من يتقدم إليه بالمخالصة الصادرة عن الدائن في استيفاء الدين[١].

٢- الملكية الظاهرة

من الجائز أن يقدم الغير على التعامل مع شخص يظهر على المال بمظهر المالك، ثـم تزول ملكيته لبطلان أو فسخ أو أن يكون ابتداءً غير مالك، فما هو مصير التصرف الذي اكتسب بمقتضاه الغير حقاً على المال موضوع التصرف؟ إن الإجابة على هذا التساؤل لا تسير إلا في وجهة واحدة بحسب ما يقتضيه منطق المبادئ القانونية العامة، إذ ينعقد التصرف موقوفاً علـى الإجازة من قبل المالك الحقيقي. فإن أجازه انعقد التصرف صحيحاً من تاريخ نشـوئه وإن لـم يجزه بطل التصرف واسترد المالك الحقيقي ماله ولا يكون أمام الغير سـوى اللجـوء لطلـب التعويض من المتعامل معه.

ولما كانت الملكية الظاهرة بالتصور السابق بيانه من أكثر الحالات التي يحتاج الغيـر فيها إلى الحماية على اعتبار أن جهله بما يشوب سند المتصرف معه والظـاهر علـى المـال بمظهر المالك هو أمر محقق الوقوع ومتصور في الكثير من الحالات، فلأجل ذلـك فقـد أورد المشرع الأردني تطبيقين لحماية الغير حسن النية المتعامل مع المالك الظـاهر يتعلـق أولهمـا بحماية الحائز للعقار أو المنقول ويتعلق ثانيهما بحماية المتعامل مع خلـف المـريض مـرض الموت. ففيما يتعلق بالحالة الأولى والتي نصت عليها المادتان (١١٨٢) والتي تنص "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقترنت الحيـازة

---

(١) معوض عبدالتواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ص١٦٩.

بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات" والمادة (١١٨٩) والتي تنص "١- لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولا أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية. ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك".

ويأتي أخذ المشرع المدني بفكرة الظاهر في هذه الحالة في أنه يعترف بالتصرف الصادر إلى الغير من غير المالك لعقار أو المنقول مما يكسبه وصف الحائز. فإذا كان المال موضوع التصرف عقاراً، فإن مقتضي الاعتراف بالتصرف الصادر إلى الغير أن يكون في وسع هذا الأخير تملكه بالتقادم القصير (السبعي) وإن كان المال منقولاً قامت حيازة الغير للمال قرينة على ملكيته لهذا المال.

وتعتبر هذا الحالة من أكثر الحالات دلالة على احترام المشرع المدني للأوضاع الظاهرة، مما دفعه للاعتراف بصحة التصرف الصادر من غير المالك. حيث أخذ المشرع بالاعتبار أن قوة الظاهرة في هذه الحالة تعد على درجة كبيرة من المتانة نظرا لما يحيط بحائز العقار أو المنقول من مظاهر التملك خاصة إذا كانت الحيازة هادئة وعلنية. مما يدفع الغير تحت تأثير الاعتقاد الكامل المخالف للحقيقة بأن يجرى التصرف مع غير المالك[1].

وينبغي الإشارة في هذا الخصوص إلى اكتساب حائز العقار لملكيته بالتقادم الطويل لا يمكن اعتباره من قبيل احترام المشرع للأوضاع الظاهرة ذلك أن ملكية الحائز في هذه الحالة تستند إلى أساس قانوني يتمثل في التقادم الطويل[2].

---

(١) انظر محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٧٦ص ٦٧٠ وما بعدها.

(٢) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٦٣.

أما الحالة الثانية من حالات الملكية الظاهرة، فتتعلق بحماية الغير حسن النية المتعامل مع خلف المريض مرض الموت وذلك في الأحوال التي يكون فيهما تصرف المريض للخلف غير نافذ في حق ورثته أو دائنيه وموقوفاً على إجازتهم وقد نصت عليها المادة(٥٤٧) بقولها (لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض) فالأصل أن للورثة أو الدائنين حق فسخ بيع مورث المريض مرض الموت الصادر إلى الخلف، وإن هذا الفسخ يؤدي إلى زوال ملكية الخلف لمال موضوع التصرف بأثر رجعي، وهذا الحكم يطال التصرف الصادر من الخلف إلى الغير. لكن جهل الغير بما يشوب ملكية سلفه وأنها عرضة للزوال دفع المشرع إلى تعطيل حق الورثة أو الدائنين بفسخ التصرف واقتصار حقهم بالرجوع على خلف المريض[1].

ثانيا: موقف محكمة التمييز من الظاهر

ألقى مسلك المشرع المدني من نظرية الظاهر بظلاله على مسلك محكمة التمييز في هذا الخصوص، فالتزمت في أحكامها بالجانب التطبيقي للنصوص القانونية المعتبرة تطبيقاً لنظرية الظاهر. فلقد استندت محكمة التمييز لحكم المادتين (١١٤) و (٨٦١) من القانون المدني والمقررتان للوكالة الظاهرة في سبيل إسباغ الحماية على الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل رغم انقضاء وكالته فاعتبرت أن التصرف قد جرى مع وكيل ظاهر فقد جاء في حكم لها "ان نظرية الوكالة الظاهرة والتي أخذ بها القضاء وأيدها الفقه جاءت لمواجهة الضرورات

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٧٨٨، وشفيق الجراح، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، المطبعة التعاونية، دمشق ١٩٨٦ص ٨٧ وأنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني، ج٢، ١٩٨٣ص ٣٢٦.

العملية ويكفي لإثباتها أن يثبت حسن نية الغير والمظهر الخارجي للشخص الذي يتعامل معه"[١]

وفي حكم آخر لذات المحكمة فقد احترمت محكمة التمييز الوضع الظاهر وأعملت أثر الوكالة رغم انعدامها حماية للغير حسن النية حيث جاء في حيثيات الحكم "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة، حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة ٨٣٣ من القانون المدني، إلا أن المظهر الخارجي المنسوب للموكل يكون من شأنه أن يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأير هذا الوهم"[٢] ومما لا شك في أن هذا الحكم يعد تطبيقا لفكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنعدمة المنصوص عليها في المادة (٣٢٠) من القانون المدني.

وفي الجانب المقابل فإن محكمة التمييز لم تعط لنفسها دوراً إنشائياً يضمن إسباغ الحماية على الغير حسن النية في حالة عدم وجود نص يقرر له هذه الحماية ما دام التصرف الذي أجراه الغير جاء نتيجة انخداعه بالظاهر مكتمل الأركان.

ولعل هذا الإحجام من قبل محكمة التمييز من إعطاء نفسها دوراً إنشائياً مرده عدم اقتناع محكمة التمييز بالدور الإنشائي للظاهر والمؤدي بدوره إلى تجنب الاستناد إلى هذه النظرية في سبيل تكريس حق للغير حسن النية خلافاً لمقتضى القواعد القانونية.

ومما يؤكد هذا التحليل، الحكم الصادر عن محكمة التمييز في العام ١٩٩٧، والذي أحجمت من خلاله، عن إقرار فكرة الوارث الظاهر باعتبارها أحد أهم تطبيقات الملكية الظاهرة. ففي قضية تتلخص وقائعها بأن رجلاً مسيحياً أعلن إسلامه ثم توفي وصدرت حجة حصر إرث باسم الورثة جميعاً واستناداً لهذه الحجة قامت إحدى الوارثات بإجراء معاملة انتقال ثم قامت

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩١/١٢٤٥ سالف الإشارة إليه، ص ٧٨.

(٢) تمييز حقوق رقم ٥٦٣/ ٩٣ سالف الإشارة إليه، ص ٩٠.

برهن حصتها في قطعة الأرض المملوكة لها على الشيوع والصادر بها سند تسجل ثم تبين بعد ذلك أن هذه الوارثة قد ارتدت عن الإسلام، فأقام باقي الورثة دعواهم لإبطال سند الرهن الجاري على حصة الوارثة المرتدة في قطعة الأرض وإلزام مدير التسجيل بقيد كامل القطعة المنوه عنها باسمهن وحذف اسم الوريثة المرتدة من سند الملكية واعتبار ملكيتها كأن لم تكن باعتبار أن اختلاف الدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية مانع من موانع الميراث. وقد قضت محكمة البداية بإبطال مليكة المدعى عليها وإبطال سند الرهن وصدق الحكم من محكمة الاستئناف ثم جرى عليه التمييز حيث دفع وكلاء البنك المرتهن بضرورة حمايته باعتباره غيراً حسن النية وأنه ينبغي سنداً لذلك اعتباراً تصرفات الوارثة المدعى عليها صحيحة. حيث صدر عن محكمة التمييز الحكم الآتي: "وإذا كانت المدعى عليها عند وضع حصتها تأمينا للدين مالكه لحصة من أصل خمس حصص من قطعة الأرض بالاستناد إلى حجة حصر الإرث التي تقرر إبطالها وحرمان المدعى عليها من الميراث بسبب ردتها عن الإسلام، فإن ملكيتها ابتداءً تكون باطلة ويكون سند التأمين المستند إلى هذه الملكية باطلاً أيضاً، إذا أوجبت المادة (١/١٣٢٤) من القانون المدني على الراهن أن يكون مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه، كما لم تجز المادة (١٣٢٥) من ذات القانون رهن ملك الغير إلا إذا اجاز المالك الحقيقي ذلك بسند موثق، وعليه يكون الرهن موضوع الدعوى قد نشأ باطلاً لصدوره من غير المالك الحقيقي باعتبار المدعى عليها ليست من الورثة ولم يجز الورثة الحقيقيون هذا الرهن عملا بالمادة (١٣٢٥) المشار إليها"[١].

([١]) تمييز حقوق رقم ١٦٥٨/ ٩٧ تاريخ ٢٨/١٠/٩٧، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨ العدد الأول من ٤٣٨١.

وظاهر من هذا الحكم مدى نفور محكمة التمييز من إسباغ الحماية الاستثنائية على الغير على الرغم من وضوح الظاهر واكتمال أركانه في الحالة المشار إليها سابقاً وهو ما يقودنا إلى القول أن نظرية الأوضاع الظاهرة ليست واجبة الإعمال في قضاء المحكمة التمييز حتى لو توافرت شروط تطبيقها خارج إطار التطبيقات التشريعية لها.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية المقارنة

سبقت الإشارة إلى اتساع النطاق الاستثنائي لحماية الغير حسن النية في القوانين المدنية المقارنة عنها في القانون المدني الأردني. والسبب الكامن وراء ذلك يتمثل في اتساع نطاق تطبيق الظاهر في هذه القوانين فبالإضافة إلى التطبيقين اللذين أوردهما المشرع الأردني للظاهر والمتمثلين في الوكالة الظاهرة والملكية الظاهرة[١] فلقد اتسع نطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية في كل من مصر وسوريا والعراق ليشمل حالات أخرى لم ينص عليها الشرع الأردني كالدائن الظاهر وبعض تطبيقات الملكية الظاهرة، ففيما يتعلق بفكرة الدائن الظاهر، فلقد أخذت التشريعات المدنية المقارنة بهذه الفكرة بأن عمدت إلى اعتبار الوفاء الجاري من قبل المدين صحيحاً ومنتجاً لإثارة في مواجهة الدا ئن الحقيقي إذا تم لشخص غير الدائن ولكنه ظهر بمظهر الدائن[٢]، فالمادة (٣٣٣) من القانون المدني المصري والمطابقة للمادتين (٣٣١) من القانون

---

(١) فلقد أخذ المشرع المصري بالوكالة الظاهرة في المادة (١٠٧) مدني وماثله في ذلك لمشرع السوري في المادة (١٠٨) مدني وكذلك العراقي في المادة (٩٤٨) مدني. كما أخذ كل من هذه التشريعات بالملكية الظاهرة لحماية الحائز حسن النية للعقار والمنقول في المواد (٩٦٩، ٩٧٦) مدني مصري، (٩١٨، ٩٢٧) مدني سوري و(١١٥٨، ١١٦٣) مدني عراقي.

(٢) انظر في مفهوم الدائن الظاهر، جلال العدوي، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٠ ص ٨٠ وكذلك السيد بدوي المرجع السابق ص ٥٢٥

المدني السوري و (٣٨٤) من القانون المدني العراقي تنص "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه أو بقدر هذه المنفعة، أو إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته".

وظاهر ان فكرة الدائن الظاهر تقوم على حيازة الدين وحيازة الدين تكون الركن المادي للظاهر، وهذه الحيازة لا تؤخذ بمعناها المادي الذي يقوم على السيطرة على شيء مادي، وإنما تقوم على مباشرة سلطات ومكنات تكون عادة للدائن الحقيقي. وهذه السلطات قد تكون عبارة عن ظرف أو مجموعة ظروف يوجد فيها الشخص فيعتقد المدين اعتقاداً مبرراً بأن هذا الشخص هو الدائن[١].

وتبعاً لمفهوم حيازة الدين المبين سابقاً، تتعدد صور الدائن الظاهر، فيعد دائناً ظاهراً، كل من الوارث الظاهر الذي يعلن أنه الوارث الشرعي ثم يظهر وارث آخر يحجبه حجب حرمان، فيتصرف باعتباره دائناً لجميع ما للتركة من حقوق قبل الغير[٢] فلو قام مدين المتوفى بالوفاء للوارث الظاهر برئت ذمته لأن الدين كان يعتبر في حيازة الوارث الظاهر وقت الوفاء[٣]. كما يعد دائناً ظاهراً، الموصى له الذي أبطلت وصيته ولكنه كان قد وضع يده على ما أوصي له به، فإنه يكون دا ئناً ظاهراً بالدين الموصى به[٤]، كما يعد دائنا ظاهراً المحال له في حوالة الحق التي قضي ببطلانها أو فسخها بعد استيفاء المحال له للحق موضوع الحوالة، مما يعني أن الحوالة قد زالت بأثر رجعي وأنها لم تكن موجودة وقت الوفاء، ومع ذلك يبقى الوفاء

([١]) نعمان جمعة، المرجع السابق ، ص ٨٩.

([٢]) جلال العددي، المرجع السابق ص ٨٠.

([٣]) السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

([٤]) السيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٦.

صحيحاً، لأن الحوالة الباطلة أو القابلة للإبطال أو الفسخ يتوافر بها عنصر حيازة الدين[1]، كما يعد دائناً ظاهراً المالك الظاهر، فقد تكون له هذه الصفة بحكم ملكيته الظاهرة، كحائز العقار المؤجر إذا قام بقبض أجرته، ففي هذه الحالة إذا تم الوفاء للدائن الظاهر فإنه يعد صحيحاً ومبرئا لذمة المدين[2].

وفي الجانب الآخر فلقد توسعت التشريعات المدنية المقارنة في الأخذ بفكرة الملكية الظاهرة، فلم تقتصر على حماية الحائز للعقار والمنقول بحسن نية أو المتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت، بل تعدتها، لتشمل العديد من الحالات التي تندرج في إطار الملكية الظاهرة، فلقد أسبغ كلٌ من المشرع المصري والسوري والعراقي حمايته على الغير المتعامل مع خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف، ذلك أن من شأن هذه الدعوى أن تجعل أي تصرف يصدر عن المدين غير نافذ في مواجهة الدائنين، فإذا ما صدر عن المدين أي تصرف كان بمقدور الدائنين فسخ هذا التصرف[3]، ويترتب على الفسخ زوال ملكية المشتري من المدين، فلا يعود مالكاً للجزء الذي تصرف به للغير، فيكون الغير بذلك قد تعامل مع مالك ظاهر[4]، ولما كان من شأن هذه النتيجة إلحاق ضرر بالغير حسن النية الذي اعتقد اعتقاداً كاملاً بملكية المصرف معه، فقد تلافتها هذه التشريعات فقد نصت المادة (٣/٢٣٨) من القانون المدني المصري والمطابقة للمادتين (٣/٢٣٩) مدني سوري و(٣/٢٦٤) مدني عراقي على أنه "وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف

---

(1) السيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٦.

(2) السيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٧.

(3) مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(4) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٠٥.

الأول بهذا الغش إذا كان المدين قد تصرف بعوض وكان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إذا كان المدين قد تصرف له تبرعاً".

كما أورد المشرع المصري العديد من التطبيقات للملكية الظاهرة متفرداً بها على بقية التشريعات المدنية المقارنة، من ذلك ما تقضي به المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري والتي تنص "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر بإبطال سند ملكيته او فسخ أو إلغاءه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن".

ويرى شراح القانون المدني المصري أن هذه المادة تعتبر تطبيقاً صريحاً لنظرية الأوضاع الظاهرة حيث تقرر حماية للغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر أيا كان سبب زوال الملكية[1].

كما يمكن الاستناد إلى هذه المادة لتصحيح تصرفات الوارث الظاهر[2]، فالراهن قد يكون وارثا للمال الذي رهنه ثم يظهر بعد ذلك ما يحجبه مما يؤدي إلى زوال ملكيته لمال بأثر رجعي، فيجيء حكم المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري لكي يتم الاستناد إليه في إبقاء الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية. في مواجهة المالك الحقيقي.

---

(١) انظر في هذا الخصوص توفيق فرج، المرجع السابق ص ٢٧٥-٢٧٧. والسيد البدوي، المرجع السابق ص ١٠٣١. ونعمان جمعة المرجع السابق، ص ١١٦. وعبد الباسط الجميعي الذي يرى أن هذه المادة تكريس لنظرية الظاهر بصفة عامة واعتراف بالمالك الظاهر بصفة خاصة، انظر رأيه لدى السيد بدوي، المرجع السابق، ص ١٠٣٢.

(٢) انظر في هذا الخصوص، السيد دوي، المرجع السابق ص ١٠٣١ ومحمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، مطبعة الصافي، بغداد، ١٩٧١، ص ٥٦-٥٧.

كما أورد المشرع المصري تطبيقاً مهماً للملكية الظاهرة محيطاً من خلاله ا لغير الذي يتلقى حقاً عقارياً وهو حسن النية، بحمايته إذا كا ن حق الغير سابقا على تسجيل دعوى البطلان، وقد جاء هذا التطبيق في قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١٤٤) لسنة ١٩٦٤.

فتنص المادة (١/١٥) أن هذا القانون على أنه "يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوي البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، إذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجيل تلك الدعاوي" وجاء في نص المادة (١٧) ...... "١- يترتب على تسجيل الدعاوي المذكورة في المادة (١٥)، أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية وابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ٢- ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة".

ويرى شراح القانون المدني المصري أن نص المادة (٢/١٧) من قانون تنظيم الشهر العقاري يعد تكريساً لنظرية الظاهر بصفة عامة وللملكية الظاهرة بصفة خاصة[1].

حيث تعد هذه المادة استثناءا واضحاً على آثار البطلان حماية للغير حسن النية، فإذا تم التصرف بعقد معيب تقرر بطلانه، ينبغي في الأصل -أن يعاد الحال- إلى ما كان عليه وبالتالي يسترد البائع العقار ويكون الامر كذلك لو كان المشتري قد تصرف فيه بعد ذلك إلى شخص ثالث.

(١) عبد الباسط الجمعي مشار لرأيه لدى السيد بدوي، ص ١٠٣٢ وسمير تناغو، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، منشأة دار المعارف، الاسكندرية ١٩٦٧ فقرة ٢٣ وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص ٧٢٧.

إلا أنه إذا كان الشخص الثالث حسن النية. يجهل سبب بطلان العقد الذي أبرمه بائعه، فإن البائع لا يستطيع أن يسترد المبيع من بين يديه، متى كان هذا الغير حسن النية واكتسب حقاً عينياً على العقار موضوع العقد الباطل، وذلك قبل شهر دعوى الإبطال.

وظاهر أن المادة ٢/١٧ تراعي أن جهل الغير للعيب الذي يشوب سند سلفه من شأنه أن يولد لديه اعتقاد بملكية سلفه للعقار، مما يجعل المادة ٢/١٧ تطبيقا تشريعياً صريحاً لفكرة الملكية الظاهرة بشكل خاص ولنظرية الأوضاع الظاهرة بشكل عام.

وعلى الرغم من وفرة النصوص التشريعية التي تكرس نظرية الظاهر في القانون المصري، فإن محكمة النقض المصرية قد جعلت من نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الإعمال حتى في حالة غياب النص التشريعي متى توافرت شروط تطبيقها وموجبات إعمالها. وقد تكرس ذلك في الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض المصرية بهيئتها العامة في ١٦فبراير لسنة ١٩٨٦ حيث جاء في هذا الحكم "إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه سلباً أم إيجاباً في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز التي من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة"(١).

(١) انظر التعليق على هذا الحكم لدى محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٤-٥.

المبحث الثاني

الأساس القانوني الذي يتجاوز فكرة الأوضاع الظاهرة

تمهيد

على الرغم من أن حماية الغير حسن النية في معظم مظاهر الحماية تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، فإن بعض صور الحماية مما لا يمكن تأسيسه على فكرة الظاهر، وذلك لاستحالة ذلك من ناحية، وللاختلاف البيّن والواضح بين هذه الصور وبين فكرة الظاهر من ناحية أخرى، فمن جهة الاستحالة فذلك لأن إحدى صور حماية الغير حسن النية لا تتضمن تنازعاً بين القانون والواقع، وإنما تنازع بين مركزين قانونيين. ونقصد بها حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على المال مرهون تأمينياً أو حيازة في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته. فالراهن يظل مالكاً للمال المرهون ويستطيع أن يجري عليه ما يشاء من التصرفات دون أن يمس ذلك بحق الدائن المرتهن الذي تظل له ميزة التقدم والتتبع، ونتيجة لانتفاء التنازع بين القانون والواقع، فمن المستحيل أن نبحث عن الأساس القانوني لهذه الصورة من صور الحماية في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة.

أما من جهة الاختلاف فذلك لأن الصورية تختلف اختلافاً بيناً عن الظاهر، مما يتعذر معه تأسيس حماية الغير حسن النية في إطار الصورية على فكرة الظاهر.

وبناءً على ما تقدم فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، فنبحث في المطلب الأول الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية، ونبحث في المطلب الثاني الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني.

المطلب الأول

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية:

على الرغم من الدراسات الكثيرة التي تناولت موضوع الصورية بشكل عام فإن أمـر تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية ظل خارج إطار اهتمامـات الشراح باستثناء محاولات قليلة بذلت لأجل تحديد هذا الأساس. ويمكن القول إن هذه المحاولات رغم قلتها قد تضاربت واختلفت في تحديد هذا الأساس، الأمر الذي نجم عنه بقاء تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية أمراً مختلفاً فيـه، فطائفـة مـن الشـراح ارتكزت إلى فكرة الخطأ الموجب للتعويض وطائفة أخرى لجأت إلى فكرة المشاطرة في الحـق وأخرى لجأت إلى فكرة العقوبة الخاصة وطائفة أخيرة التجأت إلى فكرة الأوضـاع الظـاهرة، وسوف ندرس هذا الآراء تباعاً ثم نقدم اقتراحاً في تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسـن النية وذلك عبر خمسة فروع:

الفرع الأول

الارتكاز إلى فكرة الخطأ الموجب للتعويض

تنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي سافاتيه (**SAVATIER**)، وتسـتند إلـى قواعـد المسؤولية التقصيرية، وترى بأن المتعاقدين اللذين أخفيا تصرفهما الحقيقي بتصرف صوري قد ارتكبا خطئاً في اصطناع التصرف الصوري الذي ما هو إلا مظهر كـاذب، وأن مـن شـأن التصرف الحقيقي أن يعدم أو يعدل آثاره المترتبة عليه. ولما كان اصطناع التصرف الصـوري يعد خطئاً من شأنه أن يلحق الضرر بالغير الذي اطمأن لهذا التصرف وتعامل على أساسه، فإن

مؤدى ذلك استحقاق الغير للتعويض عن هذا الخطأ وخير تعويض هو الاعتداد بالتصرف الصوري وترتيب كافة آثاره(١).

يبدو أن هذه الفكرة وعلى الرغم من اتساقها، فإنها لا تصلح أساساً لحماية الغير حسن النية، لأنها تقوم على الافتراض من جهة، ولأن نشوء الضرر أمر غير متصور في بعض الحالات ولا يمكن افتراضه من جهة أخرى. فمن جهة أنها تقوم على الافتراض فلأنها تفترض الخطأ، وحتى لو سلمنا بصحة هذا الافتراض، فإن ذلك يعد لجوءاً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لسد النقص المترتب على الأخذ بمذهب الإرادة، لاستحالة إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية لسد النقص المترتب على الأخذ بمذهب الإرادة(٢).

كما أن الخطأ أو الفعل الضار -كما هو الحال في القانون المدني الأردني- الموجب للمسؤولية هو ذلك الإخلال بالتزام يقع على الكافة بعدم الإضرار. وبالتالي يدق التساؤل: هل يعتبر إعمال الشخص لإرادته بإبرام تصرف ما أياً كانت غاية هذا التصرف من قبيل الفعل الضار أو الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية؟

إن الإجابة بنعم على هذا التساؤل تضع قيداً على الإرادة لا يستند إلى أي أساس من القانون. كما أنه وبالنظر إلى أن نشوء الضرر في هذه الحالة هو أمر غير متصور، ولما كان

---

(١) انظر هذا الرأي لدى عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص٦٨.

(٢) ذلك أن مقتضى الأخذ بمذهب الإرادة، هو إعمال آثار التصرف الحقيقي بين المتعاقدين، وعدم الاعتراف بالتصرف الصوري واعتباره كأن لم يكن، ومما لا شك فيه أن هذه النتيجة تؤدي إلى الإضرار بالغير حسن النية، ولما كان أمر مراعاة جانب الغير حسن النية، يقتضي الاعتداد بالإرادة الظاهرة وترتيب آثار التصرف الصوري، فقد لجأ أنصار مذهب الإرادة الظاهرة إلى مسوغ قانوني لعدم الاعتداد بالإرادة الحقيقية فلجأوا إلى فكرة المسؤولية التقصيرية المبنية على أن المتعاقدين بإبرامهما التصرف الصوري قد ارتكبا خطأ أدى إلى إلحاق الضرر بالغير. لمزيد من الإيضاح راجع عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص٥٦. سامي عبدالله، نظرية الصورية في القانون المدني، مؤسسة البيادر للطباعة، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٢٦. ووحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص

من غير الممكن استبعاد ركن الضرر وعلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر فإن ذلك يخلق إشكالية لا سبيل لحلها مما يتعين معه نبذ فكرة الخطأ الموجب للتعويض كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية في إطار التصرف الصوري.

الفرع الثاني

الارتكاز إلى فكرة المشاطرة في الحق:

وتنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي فلاتيه (**FLATIER**)، ومؤداها أن الصورية تؤدي إلى أن يكون للحق الواحد صاحبين، صاحب مستتر وصاحب ظاهر. ذلك أن صاحب الحق الحقيقي أقام عن طريق العقد الصوري ملكية أخرى ظاهرة إلى جانب ملكيته الحقيقية، ومن ثم يكون للغير حسن النية الذي تعامل مع المالك الظاهر الخيرة في الرجوع على أحد الشريكين في هذا الحق الواحد.

ولا تبدو هذه الفكرة صالحة هي الأخرى لتكون أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية. إذ يمكن توجيه النقد إليها من عدة جوانب[1]، فمن الجانب الأول فلأنها تقيم نوعاً من الملكية لا وصف لها في القانون، فلا هي ملكية شائعة ولا هي ملكية مشتركة، كما لا يمكن تقريبها من قواعد أخرى في القانون المدني. يبدو للوهلة الأولى أنها تشبهها، كقاعدة التضامن بين الدائنين أو الالتزام الذي لا يقبل التجزئة، ففي جميع هذه الأحوال هناك ملكية مشتركة حقيقية ولو بنسب متفاوتة.

---

(١) انظر تفصيل هذه الانتقادات لدى جوني مرزوقة، الصورية، مقوماتها وآثارها، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة آل البيت، ١٩٩٨، ص١٨٤ وما بعدها. وكذلك عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص٧٠ وما بعدها.

ومن الجانب الثاني فإن هذه الفكرة يشوبها العيب الذي نسبناه لفكرة المسؤولية التقصيرية وهو عيب الافتراض، ذلك أنها تفترض نشوء ملكية ظاهرة إلى جانب الملكية الحقيقية. ومن الجانب الثالث فإن هذه الفكرة لا تكاد تختلف في شيء عن فكرة الأوضاع الظاهرة وتنسب السبب في نشوئها لصاحب الحق بإقدامه على إبرام التصرف الصوري، وبالتالي فإنه يمكن أن يوجه إليها ما يوجه لفكرة الأوضاع الظاهرة من انتقادات في هذا الخصوص.

الفرع الثالث

الارتكاز لفكرة العقوبة الخاصة أو العقوبة المدنية

لجأ بعض الفقهاء الفرنسيين كالفقيه بلانيول (BLANIOL) والفقيه اسمان (ESMAN) إلى فكرة العقوبة الخاصة كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية، وقد لقيت هذه الفكرة صدى لدى بعض الفقهاء والشراح العرب[١] ومؤداها أن التصرف الصوري هو وليد إرادة هادفة لخلقه ولإظهاره بالشكل الذي برز فيه، كي يبقى التصرف الحقيقي مستتراً فيكتسب أو يكتم من خلاله حقوقاً في الخفاء[٢]. ويرتب هذا الجانب من الفقه على أن هذا المسلك من قبل المتعاقدين الذي ينطوي على الغش والخداع الذي من شأنه تضليل الغير يستحق عقوبة وهذه العقوبة جزاء مانع من وقوع الضرر، لأنها تحرم المتعاقد الصوري من التمسك بالعقد المستتر قبل الغير حسن النية[٣]، ومنح هذا الأخير الحق في التمسك بالعقد الظاهر، متى كانت له مصلحة في ذلك.

---

(١) مأمون الكزبري، الصورية في الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥١، ص٧١-٧٢. وأحمد مرزوق، الصورية في القانون المدني المصري، رسالة، القاهرة، ١٩٥٧، ص٢٢. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٢٧.

(٢) عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص١٨٤.

(٣) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٢٦.

كما يدعم هذا الجانب من الفقه رأيه بالاستناد إلى فكرة العقوبة الخاصة بالقول إن دائني المتصرف إليه الصوري الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف وبالتالي لم يكونوا إزاء ظاهر خادع يمكنهم من التمسك بالظاهر، وهذا ما يؤكد أننا إزاء عقوبة تلحق بالمستفيد من التصرف[١].

إلا أن هذه الفكرة تعرضت لانتقادات عديدة، جعلتها غير صالحة كأساس لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية. ومن هذه الانتقادات ما يتعلق بفكرة العقوبة الخاصة ذاتها، فإقحام العقوبة في مجال القانون المدني لا يتلاءم مع طبيعته[٢]، فالعقوبة لفظ يتعلق بالقانون الجزائي ولا يمكن أن نعممها على القانون المدني لأنه لا يتبع لقانون، آخر فضلاً عن وجود أفكار بديلة في القانون المدني كفكرة التعويض وفكرة عدم السريان. كما أن فكرة العقوبة الخاصة لا تجبر ضرراً سابقاً، بل تستهدف إيقاع ضرر جديد بمن قارف الخطأ بغية ردعه[٣].

كما أن فكرة العقوبة الخاصة لا تجد مبرراً لإعمالها عندما يكون غرض المتعاقد الصوري مشروعاً[٤]، وكذلك في حالة قيام التعارض بين الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر والغير الذي يتمسك بالعقد المستتر إذ تعجز عن تفسير تفضيل الغير الأول على الغير الثاني على الرغم من حسن نيته[٥].

---

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٢٧.

(٢) أحمد حسنين، التعويض الاتفاقي، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الحكومة في الدولة، القاهرة، ١٩٩٣، سنة ٣٧، هامش الصفحة ٥٧ وما بعدها.

(٣) أحمد حسنين، المرجع السابق، هامش الصفحة ٥٨.

(٤) عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص٧١.

(٥) عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص٧٢.

الفرع الرابع

الارتكاز إلى فكرة الأوضاع الظاهرة:

ذهب جانب من الفقه[1]، إلى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية يتمثل بفكرة الأوضاع الظاهرة، شأنها في ذلك شأن العديد من الأوضاع والحالات التي تستند فيها حماية الغير حسن النية إلى هذه الفكرة. ويعلل هذا الجانب من الفقه رأيه بالقول إن المتعاقدين بإبرامهما التصرف الصوري قد خلقا ظاهراً مخالفاً للحقيقة أدى إلى انخداع الغير به والاطمئنان إليه وإجراء معاملاته على أساسه، وبالتالي يجب أن تتولد عنه ذات الآثار التي كانت ستتولد عنه لو استجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني ما دام لم يكن في وسع الغير أن يتوصل إلى كشف حقيقته، كما يرون أن التصرف الصوري يؤدي إلى خلق مركزين متعارضين، أحدهما يستند إلى التصرف الصوري وهو مركز الغير حسن النية والآخر يستند إلى التصرف الحقيقي وهو مركز صاحب الحق وأن مناط تفضيل التصرف الصوري، هو مراعاة جانب الغير الذي انخدع بالمظهر المخالف للحقيقة والذي ساهم صاحب الحق في إنشائه وظهوره إلى حيز الوجود.

ويترتب على ذلك وفقاً لهذا الرأي، أن يكون للغير حسن النية حق التمسك بالعقد الظاهر كما يثبت له حق الخيار بالتمسك بأي من العقدين الحقيقي أم الصوري مع تفضيل من يتمسك بالعقد الصوري في حالة تعدد الأغيار وتنازعهم. والجانب المناصر لاعتبار حماية الغير حسن النية في إطار الصوري من قبيل تكريس فكرة الأوضاع الظاهرة يرى في تفضيل من يتمسك

---

(١) عبدالباسط الجميعي، مشار لرأيه لدى فتيحة قره، مرجع سابق، ص٤٧. و نعمان جمعه، مرجع سابق، ص٣٣. والفقيه الفرنسي جونسكو (Jonisco)، مشار لرأيه لدى سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٢١٢.

بالعقد الظاهر من الأغيار تأكيداً لرأيهم بصلاحية نظرية الأوضاع الظـاهرة كأسـاس قـانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية.

وعلى الرغم من نقاط الالتقاء بين الصورية والظاهر إلا أن هناك ثمة فروق جوهريـة بينهما تحول دون اعتبار الظاهر أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية، وتالياً هذه الفروق.

أولاً: إن المظهر الكاذب في الصورية، هو نتيجة عمل إرادي منفرد أو تلاقي إرادتين في حـين أن المظهر الكاذب في نظرية المظهر يكون في الغالب نتيجة ظروف واقعية معينة، تؤدي إلـى ترك ظاهر يقوم فيخدع به الغير والذي لم يكن بوسعه أن يستعلم عن الحقيقة[1]. كما أن صاحب الحق في نظرية الظاهر وإن كان يساهم في نشوء المظهر فإن ذلك يكون من قبيل الخطـأ فـلا تتجه نيته إلى خلق الظاهر في حين أن صاحب الحق في الصورية تتجـه إرادتـه إلـى خلـق التصرف الصوري، فهو بالتالي لا يفاجأ بمنازعته في حقه من قبل الغير، علـى العكـس مـن صاحب الحق في نظرية الظاهر والذي يفاجأ بهذه المنازعة، ويتعين عليه في سبيل حسمها إثبات سوء نية الغير.

ثانياً: أن إضفاء الحماية على الغير حسن النية في نطاق الصورية لا تستلزم توافر الغلط الشائع، بل تستند إلى حسن نية الغير المتمثل في عدم علمه بالتصرف المستتر، في حين أن الغلط الشائع شرط ضروري لقيام الظاهر.

ثالثاً: إن الصورية تنطوي على الغش، فإرادة المتعاقدين تتجه إلى إخفـاء التصـرف المسـتتر إضراراً بالغير في حين أن الظاهر لا يتضمن حتماً الإخفاء الإرادي للحقيقة، فقد يكون صاحب

---

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٢١٣. وعبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص٧٤.

الحق وصاحب الظاهر والغير جميعهم ضحايا ظروف موضوعية خارجة عن إرادتهم أدى إلى خلق الظاهر الذي تعامل الغير على أساسه.

رابعـاً: أن الحماية في إطار الظاهر تثبت لكل من ينخدع بهذا الظاهر في حين أن الحماية في إطار الصورية قد تثبت لطائفة من الدائنين ممن لم ينخدعوا بالتصرف الصوري، وثبتت حقوقهم قبل نشأته[١] في حين أنه في نظرية الأوضاع الظاهرة لا تثبت الحماية إلا لمن انخدع بالظاهر.

خامساً: أن نظرية الوضع الظاهر وتتضمن دائماً مركزين متعارضين في حين أن الصورية لا تتضمن بالضرورة هذين المركزين، ويظهر ذلك في حالة الصورية النسبية، متى تعلقت بماهية العقد أو شروطه، أو تاريخه، ففي هذه الأحوال من المحتمل تلقي المتصرف إليه حقاً من المتصرف[٢].

بالنظر إلى نقاط الافتراق بين الصورية والظاهر، فإنه يمكن القول بأن نظرية الأوضاع الظاهرة لا تصلح أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية.

الفرع الخامس

الأساس القانوني المقترح لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية:

بعد أن استعرضنا كافة الأفكار التي قيلت في سبيل تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية وتبين لنا عدم صلاحيتها جميعاً، نظراً للانتقادات الجوهرية التي وجهت لها وما تنطوي عليه من إبراز جوانب الاختلاف العميقة مع فكرة الصورية، فإننا نرى أن الصورية تكفي بذاتها أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية. فنحن نعتقد أن فكرة الصورية بما تتضمنه من أحكام هي فكرة مستقلة لها مزاياها وأحكامها الخاصة بها ويستحيل بالتالي

---

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٢١٣، ومحسن البنيه، مرجع سابق، ص٤٨.

(٢) انظر محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٤٨.

ربطها أو تأسيسها على أي من الأفكار المستقرة في القانون الوضعي. وإن بدا تشابه فيما بين الصورية وبعض النظريات المستقرة في القانون الوضعي، فإن ذلك لا يؤدي إلى القول بأن الصورية تطبيق لهذه النظرية أو تلك. وعموماً يمكن لنا أن ندعم رأينا بالدعائم التالية:

أولاً: إن مضمون حماية الغير حسن النية في إطار الصورية هو إعطاؤه حق التمسك بالتصرف الصوري، فلولا إبرام العقد الصوري لما ثبت للغير هذا الحق. وهذا الحق أرسته بعض التشريعات بشكل مطلق فلا يكون للغير سوى التمسك بالتصرف الصوري كما هو الحال في القانون المدني السويسري والجزائري. أما التشريعات المدنية التي أعطت للغير حسن النية الخيار بالتمسك بأي من العقدين الصوري أو المستتر أيهما محققاً لمصلحته، فإن أساس هذا الخيار هو إبرام العقد الصوري، كما أن هذه التشريعات انحازت لجانب الغير الذي اختار العقد الظاهر، فيما لو تعدد الأغيار وتمسك بعضهم بالعقد الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي، فلو صح تأسيس حماية الغير حسن النية على أي من الأفكار الأخرى لما كان الانحياز لجانب الغير الذي اختار العقد الصوري مبرراً. فالاستناد إلى الصورية ذاتها هو ما يبرر كل ذلك.

ثانياً: إن اعتبار الصورية كافية بذاتها كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية، لا يرد عليه أي من الانتقادات التي وجهت للأفكار الأخرى، فالصورية تؤدي إلى عدم سريان التصرف الحقيقي في مواجهة الغير، حتى لو كان الغرض من الصورية مشروعاً، كما أن تأسيس الحماية وفقاً لفكرة الصورية ذاتها يفسر لنا تفضيل الأغيار حسني النية الذين تمسكوا بالعقد الصوري، وعدم ترجيح من تمسك بالعقد المستتر، كما تصلح الصورية بذاتها أساساً للحماية في كافة صور الصورية وأنواعها سواء كانت صورية مطلقة أم نسبية أم مستترة، كما تفسر لنا حماية الدائنين السابقين على إبرام التصرف الصوري، فأساس حمايتهم هو الصورية ذاتها.

ثالثاً: إن من أهم ما يدعم رأينا هو موقف القانون المدني الألماني الذي لا يعترف إلا بالعقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين، وهو ما يعني رفضه لفكرة الصورية بشكل عام. فلو كانت حماية الغير حسن النية تستند إلى فكرة الأوضاع الظاهرة، لما كان المشرع الألماني يقتصر باعتداده على العقد الحقيقي فقط، فالقانون المدني الألماني لا يوفر حماية للغير حسن النية في هذا الصدد، وذلك لرفضه العقد الصوري الناشئ عن رفضه فكرة الصورية من أساسها فلو كانت حماية الغير حسن النية تستند إلى أساس آخر لما وقف المشرع الألماني مثل هذا الموقف[1].

المطلب الثاني

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني

يقصد بهذه الحماية أولاً، الحماية الثابتة للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد والتي نصت عليها المادتان (٢/١٣٦٤) من القانون المدني بقولها: "فإذا زال سبب الانقضاء عاد الرهن كما كان دون مساس بحقوق الغير حسن النية الذي اكتسبها بين زوال الحق وعودته"[2]. والمادة (١٤١٩) مدني بقولها: "ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق به ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته"[3]. وثانياً، الحماية الثابتة للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة والتي نصت عليها المادتان (١١٠٧) مدني بقولها: "لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصي التركة ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة أن

---

(١) سوار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

(٢) تقابل المادتين ١٠٨٢ مدني مصري و١٣١٥ مدني عراقي.

(٣) تقابل المادتين ١١١٢ مدني مصري و١٣٤٦ مدني عراقي.

يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة"[١]. والمادة (١١٢٣) مدني والتي تنص: "إذا لم تكن التركة قد صفيّت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل فيها التصرف أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات"[٢].

وبالنظر إلى هذين المظهرين من مظاهر الحماية، فإنه إذا كان ثابتاً أن الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد يستند إلى مركز قانوني في اكتسابه لهذا الحق ويعطيه ميزة التقدم في المرتبة على الدائن المرتهن الأصلي على اعتبار أن الراهن يظل مالكاً للمال المرهون وله أن يجري عليه ما يشاء من التصرفات، فإن إثبات قانونية مركز الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة، يتطلب حسم الجدل المثار بشأن اعتبار الغير حسن النية في هذه الحالة مستنداً إلى مركز قانوني.

فعلى الرغم من وضوح جوهر هذه الحماية، فإن تحديد أساسها القانوني يعد من المسائل المثيرة للجدل، نظراً للاختلاف الفقهي في مسألة ثبوت ملكية الورثة لأموال التركة المدينة.

وحري بنا قبل أن نعرض لموقف فقهاء وشراح القانون الوضعي، أن نعرض ابتداءً لموقف الفقهاء المسلمين من هذه المسألة والتي اتسم بالاختلاف والتنازع، فمن جهة ذهب فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنفية والحنابلة إلى أن أموال المتوفى تبقى على ملك صاحبها إلى أن

---

(١) تقابل المادتين ٨٩٧ مدني مصري و٨٥٩ مدني سوري في حين خلا القانون المدني العراقي من نص مماثل.

(٢) تقابل المادتين ٩٤٤ مدني مصري و٨٧٥ مدني سوري في حين خلا القانون المدني العراقي من نص مماثل.

تسدد جميع ديونه، سواء أكانت تركته مستغرقة بالدين أم غير مستغرقة به، ويستند هؤلاء الفقهاء إلى القول المأثور الذي أصبح قاعدة أساسية في الإرث وهي القاعدة القائلة بأن لا (تركة إلا بعد سداد الديون). ومن جهة أخرى ذهبت غالبية فقهاء الشافعية والحنابلة إلى رأي مخالف مفاده أن أموال تبقى محملة بديون المورث، سواء أكانت التركة مستغرقة بالدين أم غير مستغرقة به.

وهنالك رأي وسط ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية وبمقتضاه يجب التمييز بين ما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة به، فإذا كانت مستغرقة بالدين، تبقى التركة على ملك صاحبها إلى أن يسدد دينه بمعنى أن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون المستحقة على المورث، وإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين، فتنتقل التركة إلى الوارث من تاريخ وفاة المورث[1].

وقد انعكس هذا الخلاف بين الفقهاء المسلمين على آراء ومواقف فقهاء وشراح القانون الوضعي، فمن جهة ذهب بعض الشراح[2] إلى أنه وبمقتضى قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" فإن أموال التركة المدينة قبل تصفيتها تبقى على حكم ملك المتوفى ولا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الدين. وهذا الرأي يستند على افتراض امتداد شخص المتوفى إلى ما بعد الوفاة وحتى انتهاء سداد ديون التركة.

---

(١) انظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة في الفقه الإسلامي وللأدلة التي يستند إليها كل رأي لدى أحمد إبراهيم أحمد، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، مقال في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة، ص١٥٧-١٧٤، ولدى محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار المطبعة العربية، ١٩٥٦، ص١٩-٢٥.

(٢) نعمان جمعه، المرجع السابق، ص١٢١ وما بعدها. وعبدالباسط الجميعي، مشار لرأيه لدى نعمان جمعه، ص١٢٢. وحامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، ١٩٦٤، ص٤٠٨ وما بعدها. ومحمد عبداللطيف، التقادم المكسب والمسقط، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٦، ص٤٠٣.

أما من الجهة المقابلة فإن أغلب الشراح[1] والفقهاء يرون بانتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث فلا يتأخر هذا الانتقال إلى ما بعد سداد الديون، ويرون أن التركة رغم انتقال ملكيتها للورثة فإنها تنتقل محملة بحق عيني تبعي لصالح الدائنين وهو بمثابة رهن، ولكنه رهن قانوني[2].

وقد انعكس هذا الخلاف في مسألة تحديد وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة على تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة. فأنصار الرأي الأول القائل بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة إلا بعد سداد ديونها يرون أن الوارث حين تصرفه قد تصرف فيما لا يملك ويرتب بعض الباحثين في مسألة تحديد الأساس القانوني على ذلك بأن حماية الغير حسن النية إنما تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة[3]، فالوارث الذي أجرى تصرفاً على أموال التركة قبل ثبوت ملكيته ما هو إلا وارث ظاهر لأنه وفقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون ليس له حق إرث على الجزء من نصيبه اللازم لسداد ديون المورث، وبالتالي فقد تصرف في مال ليس له حيث كان يجب رصده لسداد الدين.

أما إذا أخذنا برأي غالبية الشراح فمؤدى ذلك عدم نزع صفة المالك عن الوارث الذي تصرف بمال من أموال التركة المدينة ورتب عليه حقاً عينياً للغير، وبالتالي يثور التساؤل: ما هو الأساس القانوني الذي بموجبه كرس المشرع حمايته للغير حسن النية على نحو يمتنع معه

---

(١) أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٣٧٤. ومحمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص٢٥. وعبدالمنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٢، دار النهضة العربية، ص٧٤١. ورمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، ط١، ١٩٨٩، ص٥٤. وعبدالرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، أسباب كسب ملكية، فقره ٣٢. وإسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الأصيلة، ج٢، سنة ١٩٥٨، ص١٥٨-١٦٠. ومحمد سوار، الحقوق العينية الأصلة، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) عبدالمنعم الصده، مرجع سابق، ص٧٤٣.

(٣) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص١٢١. وفتيحة قره، مرجع سابق، ص٦٥.

على الدائن منازعة الغير فيما اكتسب من حقوق عينية على المال؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي ابتداءً تحديد موقف القانون المدني الأردني والقوانين المدنية موضوع المقارنة من مسألة تحديد وقت ثبوت ملكية الوارث للتركة.

والذي يبدو لنا أن المشرع الأردني قد أخذ بالقول الثاني القائل بأن التركة تنتقل إلى الورثة من تاريخ وفاة المورث، إلا أن أموالها تبقى معلقة بديون المورث، بحيث يكون لدائني المورث حق امتياز على أمواله. وهذا هو موقف المشرعين المصري والسوري، ويمكن لنا أن نقيم الدليل على ذلك من خلال المادة (١١٢٣) مدني أردني المقابلة للمادتين (٩٤٤) مدني مصري و(٨٧٥) مدني سوري والتي تنص "إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل فيها التصرف أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أوقعوا عليها حجراً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات"، فمن خلال هذا النص الذي على الرغم من تعلقه بالتركات التي لم تخضع للتصفية فإننا نستطيع أن نتبين من خلاله أن المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن المشرعين المصري والسوري يعترف بحق الوارث في التصرف بأعيان التركة، حتى لو كانت مدينة، وأن هذا التصرف لا يبطل بين أطرافه. وكل ما هنالك أن لدائن التركة الحق في تتبع أعيانها تحت يد الغير أيا كان، فالتركة إذن تنتقل ملكيتها فور الوفاة إلى الورثة، كما لهم الحق في التصرف في أعيانها وفي تقرير ما يشاءون من حقوق عينية على تلك الأعيان.

وهذا الفهم يجب أن يظل قائماً حتى بالنسبة للتركات التي خضعت لنظام التصفية وفقاً لأحكام القانون، فهذه التركات تنتقل ملكيتها أيضاً إلى الورثة لمجرد الوفاة، فلا تتراخى الملكية إلى حين انتهاء التصفية وتسليم الأعيان المتبقية إلى الورثة ولا يخل بصحة هذا القول ما احتوته بعض المواد في القانون المدني من ذلك المادة (١٠٩٥) مدني أردني المقابلة للمادتين (٨٨٤)

مدني مصري و(٨٤٥) مدني سوري والتي تنص "لا يجوز للوارث قبل أن يتسلم حجة ببيان نصيبه في صافي التركة أن يتصرف في مال التركة ولا يجوز له أن يستأدي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين عليها".

فهذا النص وإن كان يمنع الوارث قبل أن يتسلم شهادة أو حجة تبين نصيبه من التركة من أن يتصرف بأعيان التركة فإنه يجب أن يفهم في ضوء الغاية من أحكام تصفية التركة ذلك أنه مما يتنافى مع هذه الغاية أن يسمح للورثة بالتصرف الفوري في أعيان التركة أو الاستيلاء على شيء من أموالها[١]، لأن تنظيم التصفية وتركيز عملياتها في يد المصفى وحده تقتضي غل أيديهم من التصرف فيما يملكون مثلاِ يفسد تدخلهم الفوري على هذا النحو عملية التصفية الجماعية[٢].

وإذا كان المشرعان المصري والسوري قد قطعا دابر أي خلاف حول وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة، عندما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٦٠) منه على أنه "يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي"، وهو ذاته ما نصت عليه المادة الأولى من قانون المواريث المصري فإن المشرع الأردني لم يحذ حذو مثيليه المصري والسوري فنصت المادة (٢/١٠٨٦) مدني "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال التركة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية"، فالمشرع الأردني لم يُحِل بشأن تحديد وقت انتقال التركة إلى قانون وإنما أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية متنازعة فيما بينها على تحديد وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة ولم يتضمن قانون الأيتام ونظام التركات وأموال الأيتام ما يشير إلى تفضيل

---

(١) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٥٣.

(٢) عبدالمنعم الصده، المرجع السابق، ص٧٤٥.

رأي مذهب من المذاهب، فإن الأحرى برأينا أن نحتكم في خصوص تحديد وقت ثبوت ملكيـة الورثة للتركة للمادة (١١٢٣) مدني أردني السابق ذكرها والتي خلصنا من خلالها إلى أن الشرع الأردني منحاز للرأي القائل بثبوت ملكية الورثة للتركة بمجرد وفاة المورث.

ولا يثار مثل هذا الجدل في ظل القانون المدني العراقي لأن المشرع العراقي من جهـة لم يضمن ذات الحماية التي كرسها المشرع الأردني والمصري والسوري للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة[١]. ومن جهة أخرى فإن المشرع العراقي بنى قاعدته على كسب الورثة أموال التركة مباشرة، وذلك يستتبع حتماً جواز تصرف الورثة بالتركـة دون أن تتوقف صحة هذا التصرف على تحريرها وإثبات الـديون حسـب المـادة (١/١١٠٧) مـدني عراقي[٢]. إلا أن المشرع العراقي وإن لم ينص على حماية الغير حسن النية الذي كسـب حقـاً عينياً على أموال التركة فإنه قد حال دون الطعن بالتصرفات التي أوقعها الورثة على التركة بعد انقضاء هذه المدة أن يقوم الدائنون سواء كانوا ممتازين أو عاديين بالطعن بالتصـرفات التـي أوقعها الورثة على التركة[٣].

وبعد أن انتهينا إلى ثبوت ملكية الورثة لأموال التركة منذ لحظة وفاة المـورث، فـإن مؤدى ذلك اعتبار أي تصرف رتب بمقتضاه الوارث حقاً لآخر على مال من أمـوال التركـة تصرفاً صادراً من مالك. وبناءً على ذلك فإن الغير الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة

---

(١) مما هو جدير بالذكر أن القانون المدني العراقي لم يتضمن تنظيماً للتركة في تصنيفها وجردهـا وتسـوية الديون كما هو الحال في القوانين المدنية في الأردن ومصر وسوريا وإنما اعتمد في ذلـك علـى قـانون تحرير التركات وإدارة أموال الغائبين والمحجوزين. حامد مصطفى، مرجع سابق، ص٤١٣.

(٢) انظر حامد مصطفى، المرجع السابق، ص٤١٣.

(٣) المادة ٢/١١٠٧ مدني عراقي.

المدينة يستند في ثبوت حقه الذي اكتسبه إلى مركز قانوني. وهو ذات المركز الذي يستند إليه الغير حسن النية في اكتسابه حقاً على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد.

فالتنازع إذاً يثور في هذين المظهرين بين مركزين قانونيين، أحدهما مركز الغير الذي اكتسب حقاً على المال المرهون وأموال التركة المدينة. وثانيهما مركز صاحب الحق والذي يتمثل بالدائن المرتهن بعد عودة الرهن من جديد في الحالة الأولى ودائنو التركة العاديين في الحالة الثانية.

ولما كان المشرع المدني قد حسم هذا التنازع لصالح الغير حسن النية بأن قدم مرتبة الغير حسن النية على مرتبة الدائن المرتهن في الحالة الأولى وحال دون قيام الدائن العادي بالرجوع على الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة، فإن التساؤل يثور عن الأساس الذي استند إليه المشرع الأردني في الانحياز لصالح الغير حسن النية وترجيح مركزه.

وعلى ضوء الأحكام السابقة فإننا نرى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في هذين المظهرين يتمثل في التصرف ذاته الذي كسب بمقتضاه الغير حسن النية حقاً على المال المرهون وحقاً عينياً على أموال التركة المدينة. ويتظافر مع ذلك ما يقتضيه مراعاة حسن نية الغير والاعتبارات الواقعية من قبيل استقرار المعاملات وثبات المراكز القانونية وحماية الحقوق المكتسبة، ولعل أهم ما يتظافر مع وجاهة التصرف القانوني الذي كسب بمقتضاه الغير حقاً على المال المرهون أو التركة المدينة هو حسن نيته والتي اشترطها المشرع لأجل إسباغ الحماية عليه، ذلك أن حسن النية دليل على اطمئنان الغير على استقرار مركزه القانوني، ففي حالة اكتساب الغير حقاً على المال المرهون، فإن الغير لو كان يعلم بعدم صحة سبب انقضاء الرهن الأصلي ومع ذلك أجرى التصرف مع المدين الراهن لكان غير جدير بالحماية لأن مقتضى علمه

بعدم صحة سبب انقضاء الرهن الأصلي أن يتوقع عودة الرهن الأصلي من جديد. ما إذا كان لا يعلم بصحة سبب انقضاء الرهن الأصلي فإنه يكون جديراً بالحماية ويتقدم بالتالي في اســتيفاء حقه على الدائن الأصيل.٠

ويندرج ما ذكرناه على اكتساب الغير لحق عيني على أموال التركة المدينة حيث راعى المشرع حسن نيته المتمثل بعدم علمه بتعلق حقوق الدائنين العاديين بالتركة. ولعل ما يؤكد هذا الطرح هو أن حماية الغير حسن النية تنحصر في مواجهة الدائن العادي أما الدائن الممتاز وهو ما ثبت له تأمين عيني على أموال التركة المدينة فلا سبيل لترجيح مركز الغير على مركزه لأن الغير لا يستطيع الادعاء بحسن نية على اعتبار أن التأمين العيني يتوفر له من الظهور والثبوت مما ينتفي معه الادعاء بعدم العلم به.

الفصل الثالث

أحكام الحماية المستندة إلى
نظرية الأوضاع الظاهرة

الفصل الثالث

أحكام الحماية المستندة لنظرية الأوضاع الظاهرة

تمهيد وتقسيم:

لحماية الغير حسن النية المستندة لنظرية الأوضاع الظاهرة مظهرين نص المشرع المدني عليهما صراحة، وهما الوكالة الظاهرة والملكية الظاهرة. وسوف تتناول في هذا الفصل الأحكام العامة لكل مظهر من هذين المظهرين وذلك بتقصي الشروط الواجب توافرها لإسباغ الحماية في كل مظهر فضلاً عن تناول مضمونها، ذلك أنه يشترط لإسباغ الحماية على الغير توافر شروط وضوابط معينة على نحو يترتب معه ضرورة توافرها بصورة كاملة حتى يكون الغير جديراً بالحماية، وأي اختلال أو نقص في شرط من الشروط الواجب توافرها في كل مظهر من مظاهر الحماية. ذلك يؤدي إلى ترجيح مركز صاحب الحق على مركز الغير، لأن تلك الشروط والضوابط الواجب توافرها على نحو كامل ودقيق هي المبررات التي دفعت المشرع إلى إضفاء الطابع الموضوعي على بعض أحكامه والانحياز لجانب الغير حسن النية.

وبالنظر إلى هذين المظهرين فسوف نقوم بتقسم هذا الفصل إلى مبحثين، تناول في الأول أحكام حماية الغير حسن النية في نطاق الوكالة الظاهرة، والثاني في نطاق الملكية الظاهرة.

المبحث الأول

في نطاق الوكالة الظاهرة

الوكالة الظاهرة[١] بصفة عامة، هي تلك التي تخول الوكيل -بحسب الأصـل- إجـراء التصرف نيابة عن الموكل وذلك لانعدامها أو لانقضائها أو لتجاوز الوكيل الحدود المقررة له في سند الوكالة[٢]. ومع ذلك فقد رتب المشرع على هذه الوكالة آثارها واعتبرها نافـذة فـي حـق الموكل لاعتبارات توجيه حركة التعامل نحو الاستقرار ورعاية الأوضاع الظاهرة ومقتضـيات حماية الغير حسن النية.

ومن خلال التعريف المتقدم نجد أن الوكالة الظاهرة تقوم في حالة ما إذا أجرى الوكيـل تعاملاً مع الغير حسن النية رغم انقضاء وكالته أو انعدامها أو أنه كان متجاوزاً لحدود وكالتـه حين إجرائه التعامل. وقد أخذ المشرع الأردني شأنه شأن المشرع المصري والسوري والعراقي بالوكالة الظاهرة في حالتين من حالاتها، وهما حالتا انقضاء الوكالة وانعدامها، فـي حـين لـم تتضمن أي من هذه التشريعات نصاً يضفي الحماية على الغير حسن النية إذا ما أجـرى معـه الوكيل تصرفاً تجاوز به حدود وكالته وهو ما يقودنا إلى أن المشرع الأردني بالإضافة لبـاقي

---

(١) لا تظهر حماية الغير حسن النية في نطاق النيابة القانونية، ويقتصر ظهورها في نطاق النيابـة الاتفاقيـة (الوكالة) لأن النيابة القانونية يختص المشرع بتنظيم أحكامها سواء من حيث وجودها أو مدتها أو نطاقهـا، وعليه فلا يسوغ للغير أن يحتج بانعدام نيابة النائب القانوني ولياً كان أم وصياً أم سنديكاً أو انقضاء نيابية أو تجاوزه لحدودها، لأن احتجاجه يصطدم بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون... انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٠-٣١. وتوفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٢) ينبغي التفرقة ما بين الوكالة الظاهرة والوكالة الضمنية، فالوكالة الضمنية تستند إلى إرادة صادرة فعلاً من الأصيل شأنها شأن الوكالة الصريحة وليس الأمر فيها إلاّ أمر اختلاف صورة التعبير عـن الإرادة. أمـا الوكالة الظاهرة فلا تستند إلى إرادة الأصيل، بل مرجعها فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعـاملات. انظر في ذلك: جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجـع السـابق، القـاهرة، ص٣٦٧، هامش رقم (١).

التشريعات المقارنة لا يأخذ بفكرة الوكالة الظاهرة في الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل حدود وكالته.

وصفوة القول إن إعمال أثر الوكالة رغم انقضائها أو انعدامها وتقرير آثارها في مواجهة الأصيل حماية للغير حسن النية يستلزم توافر شروط معينة لا بد من تحققها مجتمعة وإلاّ فلا مجال لإعمال أي أثر للوكالة.

واستناداً إلى ما ذكر، فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لتناول أحوال قيام الوكالة الظاهرة، ونخصص الثاني لبحث شروط إعمال الوكالة الظاهرة.

المطلب الأول

حالات قيام الوكالة الظاهرة

سبق القول إن الأصيل لا يلزم بآثار التصرفات التي يجريها وكيله إلاّ حيثما تكون هذه التصرفات قد أجراها الوكيل استناداً إلى وكالة قائمة وبالتالي فإن الأصيل لا يكون ملزماً بآثار التصرفات التي أجراها الوكيل رغم انقضاء وكالته أو انعدامها. غير أن الالتزام الحرفي بهذا الأصل قد يؤدي إلى نتائج تجافي العدالة ويزعزع استقرار التعامل ويتناقض مع موجبات حسن النية، ولهذا فقد قامت فكرة الوكالة الظاهرة لتخفف من حدة الآثار الناشئة عن إعمال قواعد الوكالة وأهمها حصر التزام الأصيل في الآثار الناشئة عن التصرفات التي يجريها الوكيل استناداً إلى وكالة قائمة حين إجراء التصرف ودون أن يتجاوز في ذلك حدود وكالته.

ولهذا فإن فكرة الوكالة الظاهرة تقوم في جميع الحالات التي يكون فيها تصرف الوكيل غير ملزم للأصيل سواء كان الوكيل قد أجرى التصرف رغم انقضاء وكالته أو رغم انعدامها أو رغم تجاوزه في إجراء ذلك التصرف الحدود المقررة له في سند الوكالة.

وعلى الرغم من أن نطاق الوكالة الظاهرة بالتحديد السابق قد توافر عليه الفقه والقضاء فإن المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن التشريعات المدنية موضوع المقارنة قد قصرت إعمال الوكالة الظاهرة على حالتي انقضاء الوكالة وانعدامها فلم تنص على إعمال أثر الوكالة رغم تجاوز الوكيل حدود وكالته.

وترتيباً على ما سبق فسوف نبحث عبر الفرع الأول إعمال أثر الوكالة الظاهرة رغم إقضائها، ونتناول في الفرع الثاني إعمال أثر الوكالة رغم انعدامها.

الفرع الأول

إعمال الوكالة رغم انقضائها

يترتب على انقضاء الوكالة ألا يعود للوكيل صفة في إبرام التصرفات نيابة عن موكله، وبالتالي ألا يلزم الموكل بالأعمال التي يجريها الوكيل بعد ذلك باسمه[١]. وهذا هو الأثر الطبيعي المترتب على انقضاء الوكالة أياً كان سبب الانقضاء[٢]. غير أن هنالك أحوال قد يخفى فيها انتهاء الوكالة على الغير الذي يتعامل مع الوكيل، فيكون من العسير عليه اكتشاف انقضائها خاصة إذا لم يرافق هذا الانقضاء سحب سند الوكالة من الوكيل، فيغدو من الإجحاف نسبة أي تقصير للغير في هذه الحالة واعتباره قد تعامل مع غير ذي صفة مما يؤدي إلى عدم سريان آثار التصرف الذي أجراه في حق الموكل[٣]. وتنقضي الوكالة بصفة عامة لأسباب عديدة منها ما يعود للموكل نفسه ومنها ما هو ناشئ عن عقد الوكالة ومنها ما يعود للوكيل، فمن حيث أسباب انقضاء الوكالة التي تعود للموكل، فقد تنقضي الوكالة بموته أو بفقدانه أهليته أو بقيامه

---

(١) عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٦.

(٢) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦٠٤. و نعمان جمعه، المرجع السابق، ص٨٠.

(٣) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦٠٤. و نعمان جمعه، المرجع السابق، ص٨٠.

بعزل الوكيل[1] أو لإفلاسه، والإفلاس والعزل من أسباب انقضاء الوكالة التي يندر وقوعها دون علم الوكيل بها ذلك أن العزل قد يكون شفاهة وقد يكون لسحب سند الوكالة من الوكيل، ولها أهمية كبرى تتمثل في تضييق حماية الغير حسن النية لأن علم الوكيل بسبب الانقضاء كاف لحرمان الغير من هذه الحماية.

وقد تنقضي الوكالة لأسباب عائدة إلى الوكيل وتنحصر في موته أو فقدانه أهليته أو تنحيه عن الاستمرار في مباشرة الوكالة، كما تنقضي الوكالة لأسباب تتعلق بها ذاتها كما لو استنفدت أغراضها وذلك بأن ينفذ الوكيل الأمر الذي وكل فيه، فتصبح الوكالة بعد ذلك غير ذات موضوع، أو أن تكون الوكالة محدودة المدة وتنقضي المدة[2]، أو أن يصبح تنفيذ الوكالة مستحيلاً[3].

وقد أقر المشرع الأردني فكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنقضية وذلك بإعمال أثر الوكالة رغم انقضائها في مواجهة الموكل. وقد جسدت ذلك المادتان (١١٤) و(٨٦١) مدني حيث تنص المادة (١١٤) على أنه "إذا كان النائب ومن تعاقد مع يجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه". في حين تنص المادة (٨٦١) مدني على أنه "تسري أحكام النيابة في التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون على علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل" وهذا الموقف هو ذاته الذي اتخذه

---

(١) ينبغي عدم الخلط بين حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع وكيل معزول وبين حماية الغير في نطاق الوكالة غير القابلة للعزل المنصوص عليها في المادة ٨٦٣ من القانون المدني إذ تتعلق هذه الحالة بعدم قدرة الموكل على عزل الوكيل بعد إجراء تصرف مع الغير تعلق بمقتضاه حق الغير بالوكالة.

(٢) حيث نصت المادة ٨٦٢ مدني أردني "تنتهي الوكالة ١- بإتمام العمل الموكل به، ٢- بانتهاء الأجل المحدد لها...".

(٣) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص٢٣٥. وعبدالباسط الجميعي، ص٦.

المشرعان المصري والسوري فيما يتعلق بالوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنقضية[1]، حيث تترتب آثار التصرفات التي أجراها الوكيل رغم انقضاء وكالته في مواجهة الموكل حماية للغير حسن النية في جميع حالات انتهاء الوكالة باستثناء حالة انتهاء الوكالة لأي سبب من الأسباب التي تعود للوكيل بصورة مطلقة أو لانتهاء موضوع الوكالة لأن هذه التشريعات تشترط توافر حسن النية بصورة مزدوجة لدى كل من الوكيل العير وذلك بعدم علم كل من الغير والوكيل بانقضاء الوكالة.

أما بالنسبة للمشرع العراقي، فقد انفرد عن المشرع الأردني والمصري والسوري في أنه يقر فكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنقضية بصورة عامة، ذلك أنه لا يقيم وزناً لحسن نية الوكيل في جميع حالات انتهاء الوكالة، وهذا ما تكرسه المادة (٩٤٨) مدني عراقي حيث تنص "لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها".

كما يلاحظ أيضاً بالنسبة لمسلك المشرع الأردني ومثيليه المصري والسوري إن اشتراط حسن النية الوكيل جنباً إلى جنب مع حسن نية الغير لأجل إسباغ الحماية على هذا الأخير من شأنه أن يضيق من نطاق الحماية إلى حد كبير وفي أحوال كثيرة من حالات انتهاء الوكالة وعلى الأخص في حالتي عزل الوكيل أو إفلاس الموكل ذلك أن العزل وما يحاط به من وسائل تضمن تناهي العلم به إلى الوكيل والإفلاس وما يرافقه من إجراءات من شأنها إعلام الوكيل به إلى حد بعيد فكل ذلك من شأنه أن يجعل توافر حسن النية لدى الوكيل أمر بعيد الوقوع وإذا ما افترض في جانبه فمن السهل إثبات عكسه، في حين جاء مسلك المشرع العراقي أكثر مراعاة لجانب الغير حسن النية، للحيلولة دون ترتيب آثار الوكالة في مواجهة الموكل[2].

---

(١) راجع المادتين (١٠٧) مدني مصري و(١٠٨) مدني سوري.

(٢) عدنان السرحان، العقود المسماة، المرجع السابق، ص١٦٥ وفي هذا السياق نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد أسبغ الحماية على الغير حسن النية الذي تعامل مع وكيل معزول، فلم يشترط عدم علم الوكيل بالعزل=

الفرع الثاني

إعمال أثر الوكالة رغم انعدامها

يقصد بانعدام الوكالة، انتفاء وجودها القانوني ابتداءً، بمعنى أن المتصرف لم يكن وكيلاً عن صاحب الشأن ولكنه تصرف وكأن له هذه الصفة. وحالة انعدام الوكالة وإن كانت تتفق مع حالتي انتهاء الوكالة وتجاوز حدودها من حيث أن الوكيل ليس بوسعه التصرف نيابة عن الأصيل، إلاّ أنها تفترق عن تلك الحالتين بعدم سبق وجود وكالة أصلاً، فإجراء الوكيل تصرفاً رغم انقضاء وكالته أو رغم عدم انطواء الوكالة على تخويله إجراء التصرف، ومع ذلك تصرف متجاوزاً بذلك حدود وكالته، إنما يقعا في وكالة سبق قيامها، بل أن حالة التجاوز تقع على وكالة قائمة فعلاً.

وانعدام الوكالة يأخذ مظاهر وأشكالاً عديدة، فإبرام التصرف استناداً إلى وكالة منعدمة قد يتم بأن يقوم شخص باغتصاب صفة الوكالة وذلك بأن يصطنع لنفسه من الأوراق والظروف ما يوهم الغير بوكالته، كما لو استأجر شخص متجراً لاستغلاله مقابل أجرة معينة يتقاضاها من صاحب المتجر، وبقي المستأجر يستعمل أوراق المتجر التي تحمل اسم صاحبه، فإن التصرفات التي يجريها المستأجر تلزم صاحب المتجر، إذ يعتبر المستأجر وكيلاً ظاهراً عنه وإن لم تكن عنده وكالة أصلاً[١].

=واختص حالة عزل الوكيل بنص صريح حيث نصت المادة ٢٠٠٥ مدني فرنسي "إن العزل لا يحتج به على الغير الذين تعاملوا عن جهل به".

(١) هذا المظهر من تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنعدمة، حيث يقرر القضاء في هذا الشأن أن ثمة حالة وكالة ظاهرة وذلك بظهور المستأجر بمظهر وكيل عن صاحب المتجر في إدارته لهذا المتجر وفي تعامله مع الغير وخصوصاً في شرائه للبضائع اللازمة لتشغيل المتجر، وعلى هذا الأساس يكون للتجار الذين يوردون البضائع للمتجر، الحق في الاعتقاد بأن مستأجر المتجر ليس إلاّ مديراً مأجوراً يعمل لحساب صاحب المتجر خصوصاً إذا لم يتم النشر بشكل كاف عن هذا التصرف.=

وقد يكون انعدام الوكالة ناشئاً عن بطلانها، كما لو وكل شخص آخر في شراء بيت لإدارته للقمار وكان الوكيل يعلم بذلك، فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعية السبب، ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة وكان البائع لا يعلم بالسبب غير المشروع، فإنه يستطيع أن يلزم الأصيل بالبيع[1]، وقد تكون الوكالة منعدمة إذا كانت قابلة للإبطال[2]، كما لو كان الموكل قد وقع في غلط جوهري عندما أعطى التوكيل أو كان مكرهاً في ذلك، وعمل الوكيل بموجب هذه الوكالة، وكان المتعامل معه يجهل انطواء الوكالة على ما يجعلها قابلة للإبطال، فإن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل حتى لو حصل هذا الأخير على حكم بإبطال الوكالة، وقد يكون انعدام الوكالة ناشئاً عن سوء استخدام الوكيل للتوكيل، كما لو أُعطي توكيلاً على بياض، فيملأ البياض بأمر غير متفق عليه مع الموكل، فيكون وكيلاً ظاهراً دون أن تكون عنده وكالة أصلاً[3].

وقد اعترف المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والسوري والعراقي بالوكالة الظاهرة في أهم تطبيقات الوكالة المنعدمة، وهي حالة الوفاء لمدعي الوكالة الذي يحوز الدين، وهذا ما قررته المادة (٣٢٠) مدني والتي تنص "يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعتبر ذا

=ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الخصوص ما يسمى بوكالة الخليلة عن خليلها، وذلك باعتبار الخليل ملزماً بتصرفات خليلته على أساس أن معايشته لها قد أنشأت مظهراً –هو مظهر الزوجية– ولما كان نظام الزواج في فرنسا يسمح بتبرير هذه الوكالة على أساس إرادة الزوج الضمنية أو على أساس من القانون. فيكون من العدل تحميل الخليل نشوء المظهر فيما يتعلق بمعاملات خليلته مع الغير الذين اعتقدوا أنها زوجته، إذ أن طبيعة المعاملات تأبى أن يطلب التاجر ممن يتعاملون معه الدليل على شرعية العلاقة القائمة بينهم، أو أن يتحرى عما إذا كانت العلاقة زواجاً أو مخادنة. انظر تفصيل ذلك لدى: عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٥١ وما بعدها.

(١) السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦٠٥.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦٠٦. وكذلك حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء التاسع والأربعون، ١٩٨٠، ص١٧١.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٧، ص٦٠٥.

صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة عن الدائن إلاّ إذا كان متفقاً على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً"[١].

وحيازة المال تكون بالحصول على المخالصة التي تثبته، وقد تنبه المشرع المدني لهذه الحالة، فاعترف بصحة وفاء الدين، لأن الحصول على مخالصة الدين قد يكون غير مشروع، كما لو تقدم شخص بمخالصة صادرة عن الدائن وكان قد استولى على هذه المخالصة خلسة وقدمها إلى المدين، فقام بالوفاء، فإذا لم يتم الاعتراف بصحة هذا الوفاء، فإن من شأن ذلك إلحاق الضرر بالمدين الموفي، ولذلك اعتبر المشرع المدني استيفاء الدين صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين[٢].

ولا يكون اعتبار وفاء المدين صحيحاً ومبرئاً لذمته، إلاّ إذا تم إضفاء صفة الوكيل على من تقدم بمخالصة صادرة من الدائن على الرغم من عدم وجود وكالة لمن تقدم بالمخالصة إلى المدين لقبض الدين، ولذلك فإن المادة ٣٢٠ تعد تطبيقاً تشريعياً صريحاً لفكرة الظاهر في أبرز تطبيقات الوكالة الظاهرة والمتمثلة بالوكالة المنعدمة.

وعلى الرغم من أهمية هذا النص والفائدة العملية التي يحققها، إلاّ أنه يؤخذ على مسلك المشرع الأردني والمقارن في هذا المقام قصره حالة انعدام الوكالة على الحالة التي يتقدم فيها شخص بمخالصة صادرة عن الدائن بوصفه وكيلاً عن الدائن في استيفاء الدين في حين أن انعدام الوكالة يأخذ مظاهر وأشكالاً عديدة، فإبرام التصرف استناداً إلى وكالة منعدمة قد يتم بأن يقوم شخص باغتصاب صفة الوكالة وذلك بأن يصطنع لنفسه من الأوراق والظروف ما يوهم الغير بوكالته، ولذلك فإن التساؤل الذي هو محور هذه الدراسة والمتعلقة بمركز الغير حسن النية

---

(١) تطابق المواد ٣٣٢ مدني مصري و٣٣٠ مدني سوري و٣٨٣ مدني عراقي.

(٢) انظر: عدنان السرحان، المرجع السابق، ص١٦٤. وجمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٦٧.

قبالة مركز صاحب الحق يثور بشكل كبير في حالة الوكالة المنعدمة، حيث تقتصر حماية الغير حسن النية والمتمثل بالمدين الموفي في حالة ما إذا تقدم شخص بمخالصة الدين دون أن يكون مخولاً باستيفائه في حين أن الوكالة المنعدمة -كما أسلفنا تأخذ أشكالاً ومظاهر عديدة- وإزاء ذلك فقد برزت آراء فقهية[1] تنادي بوجوب إضفاء الحماية على الغير حسن النية في حالة الوكالة المنعدمة وذلك في جميع الحالات التي يكون فيها ظهور شخص ما بمظهر الوكيل دون وجود وكالة أصلاً مستنداً إلى خطأ الأصيل.

وبرأينا أن ما ينادي به الفقه من وجوب أن يكون مظهر الإنابة من خلق الأصيل، يحقق توازناً تاماً بين مركز الغير حسن النية ومركز الأصيل، فلا يطغى حق على آخر، فيرجح مركز الغير حسن النية إذا كان مظهر الإنابة من خلق الأصيل في حين يرجح مركز الأصيل إذا لم يثبت خطأ في جانبه أدى إلى نشوء المظهر أو إذا قصر الغير أو أهمل في استطلاع حقيقة صفة من يتعامل معه.

وبمثل ما توافر عليه الفقه، فقد استقر الاجتهاد القضائي على عدم اقتصار حماية الغير حسن النية في حالة الوكالة المنعدمة على الحالة التي يتقدم فيها شخص بمخالصة صادرة عن الدائن ويستوفي الدين دون أن يكون مخولاً بذلك، بل يتعدى ذلك إلى جميع الحالات التي يكون فيها مظهر الوكالة الأصيل من خلق الأصيل أي ناشئاً عن خطئه. فقد أقرت محكمة النقض

---

(١) جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٦٨. وعبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦٠٧. ومن الفقه الفرنسي الفقيه ديموج (Demoge)، حيث يرى أن توسيع حماية الغير حسن النية في حالة الوكالة المنعدمة دون استلزام أن يكون مظهر الوكالة من خلق الأصيل من شأنه أن يلحق ظلماً بالأصيل ولذلك فإن الأوفق أن يقتصر تطبيق فكرة الوكالة الظاهرة في حالة انعدام الوكالة أصلاً على الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بوجود الإنابة من فعل الأصيل، نقلاً عن جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

لمزيد من الإيضاح، راجع جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٦٨.

الفرنسية فكرة انعدام الوكالة في معظم أحكامها وصححت تصرفات الوكيل الظاهرة على الرغم من انعدام وكالته، واستندت في ذلك إلى قواعد المسؤولية، فاشترطت ضرورة توافر الخطأ في جانب الأصيل. ومن أشهر تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الخصوص وكالة الخليلة عن خليلها، فقد انتهى القضاء الفرنسي إلى اعتبار الخليل ملزماً بتصرفات خليلته على أساس أن معايشته لها قد أنشأت مظهراً هو مظهر الزوجية، فيكون من العدل تحميله هذا المظهر فيما يتعلق بمعاملات هذه الخليلة مع الغير، وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن الخليلة مزودة بهذه الوكالة عن خليلها قياساً إلى ما استقر عليه هذا القضاء من اعتبار الزوجة وكيلة عن زوجها فيما يتعلق بالمشتريات اللازمة لها ولمنزلها وأن هذه الوكالة تستند إلى إرادة الزوج الضمنية[1].

كما استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية على تكريس حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع شخص يستند إلى وكالة لا وجود لها ناشئة عن خطأ الأصيل ويمكن استخلاص ذلك من حكم شهير لها صدر عام ١٩٧١ جاء فيه "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة. وهذا لم يتحقق في خصوصية المنازعة المطروحة وذلك أن المدين الذي اتفق مع مدير الشركة المدعى عليه على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين وأنه لا يملك توكيل غيره في إجرائه ومن ثم لا تكون موافقة المدير على قبول هذا الإبراء حجة على الشركة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة والظاهر"[2]، وقد تأكد هذا الاستقرار لمحكمة النقض

(١) انظر في هذا الخصوص: عبدالباسط الجميعي، ص٥١ وما بعدها.

(٢) نقض ٢١ يناير ١٩٧١ مشار إليه لدى جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٦٦.

المصرية بصورة قاطعة في حكمها الشهير الصادر عن هيئتها العامة عام ١٩٨٦ والذي أسفر عن اعتبار نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الإعمال متى توافرت شرائط تطبيقها ومن ضمنها أن يكون المظهر ناشئاً عن خطأ الأصيل الإيجابي أو السلبي. فعلى ضوء هذا الحكم يمكن إسباغ الحماية على الغير حسن النية أياً كانت أشكال ومظاهر الوكالة المنعدمة إذا ثبت أن مظهر الوكالة من خلق الأصيل.

وفي هذا الاتجاه سارت محكمة التمييز الأردنية حيث صدر لها حكم حديث توسعت فيه في حمايتها للغير حسن النية الذي تعامل مع وكيل ظاهر يستند إلى وكالة منعدمة وجاء في هذا الحكم "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة (٨٣٣) من القانون المدني إلاّ أن المظهر الخارجي المنسوب للموكل يكون من شأنه أن يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة يتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم، عندها تنصرف آثار هذا العقد إلى الموكل، والتصرف المقصود في ذلك هو التصرف الذي ينشأ بين طرفين"[1]. وظاهر مدى تطور مسلك محكمة التمييز في هذا الشأن إلاّ أن أهم ما يميز هذا الحكم هو ربطه حماية الغير حسن النية من آثار الوكالة المنعدمة في كافة مظاهر أشكالها بخطأ الأصيل.

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩٢/٥٦٣ تاريخ ١٩٩٢/١١/١٩ المحامي إبراهيم أبو رحمة، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ما بين عامي ٩٢-٩٥، الجزء الثامن، قسم ٣، ص٢٠٥٩.

المطلب الثاني
شروط إعمال الوكالة الظاهرة

يتعين حتى يترتب على الوكالة الظاهرة ما يترتب على الوكالة الحقيقية من آثار، تـوافر عدة شروط منها ما هو متعلق بالمظهر المادي للوكالة حيث يتوجب توافر الركن المادي للظاهر ومنها ما هو متعلق بالغير محل الحماية ومنها ما هو متعلق بالركن المعنوي للظـاهر. وحيـث سبق لنا أن حددنا من يعد غيراً بالنسبة للوضع الظاهر فنحيل بشأنه إلى ما سبق بحثـه ولـذلك فسوف يقتصر بحثنا في شروط إعمال الوكالة الظاهرة على تـوافر ركنـا الظـاهر المـادي والمعنوي.

الفرع الأول
تحقق الركن المادي

لا بد حتى يحقق الركن المادي للوكالة الظاهرة أن يعمل الوكيل باسم الأصيل دون وكالة ثم لا بد أن يكون المظهر الخارجي للوكالة منسوباً إلى الأصيل.

أولاً: أن يعمل الوكيل باسم الأصيل دون نيابة:

ويكون ذلك إما بأن يستمر الوكيل في العمل كوكيل بعد انقضاء الوكالة أو بأن يعمل دون وكالة أصلاً، ويعد استمرار ظهور الوكيل بهذه الصفة على الرغم مـن انقضـاء الوكالـة أن انعدامها خلقاً للمظهر المادي للوكالة، فإذا انقضت الوكالة لأي من الأسباب العائدة للموكل كموته أو فقدانه الأهلية أو عزل الوكيل أو إفلاسه ومع ذلك استمر الوكيل في العمل وإجراء التصرفات نيابة عن الموكل وإذا عمل شخص دون وكالة أصلاً بأن اختلس مخالصة الـدين وظهـر فـي مواجهة المدين كوكيل عن الدائن في القبض، ففي جميع هذه الأحوال فإن من تعامل مع الغيـر يظهر بمظهر يعطيه صفة أو تخويلاً في إجراء التصرف ولكن هذا المظهـر المـادي للوكالـة المتمثل باستمرار ظهور الوكيل الذي أنتهت وكالته بصفته هذه أو بظهور شخص مـا بمظهـر

الوكيل رغم عدم وجود وكالة أصلاً تعطيه هذا الحق، لا بد أن يكون قوياً ووجيهاً حتى ينخدع به الغير ويتعامل على أساسه ولذلك لا بد أن يكون هذا المظهر المادي للوكالة منسوباً إلى الموكل، أي ناشئاً عن خطئه وهو ما سنتناوله تالياً في البند الثاني.

ثانياً: أن يكون المظهر الخارجي للوكالة منسوباً إلى الموكل:

ويمكن نسبة المظهر الخارجي للموكل بأن يكون قد ساهم بخطئه سلباً إيجاباً في خلق المظهر الخارجي المادي للوكالة. ويعد هذا الشرط مهماً جداً وأساسياً في نشوء الركن المادي للظاهر، حيث يتضافر مع حسن نية الغير لحسم التنازع لمصلحة الغير في مواجهة الأصيل، حيث أن تحقق الركن المادي للظاهر المنسوب للأصيل من شأنه أن يجعل الغير معذوراً في اعتقاده أن هناك وكالة قائمة، وفي الجهة المقابلة فإن انتفاء الخطأ في جانب الأصيل من شأنه أن يجعله في حل من آثار تصرفات وقعت خارج حدود إرادته ولم يساهم في نشوئها بأي خطأ منه. وباستثناء قلة من الشراح لا يرون ضرورة لأن يكون المظهر الخارجي منسوباً إلى خطأ الموكل[1]، فإن الغالبية العظمى من الفقه متفقة على ضرورة توافر الخطأ في جانب الموكل – على نحو يؤدي إلى خلق المظهر المادي للوكالة– حتى يمكن مساءلته والاحتجاج في مواجهته عن آثار التصرفات التي أجراها الغير مع الوكيل الظاهر[2].

---

(١) في هذا الاتجاه عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، –ص٦٥-٦٧. ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص٤٧. ويرى الأستاذان الجميعي وجمعة أن السبب في حماية الغير هو وجود المظهر وأن إلزام الموكل بعمل وكيله مرده قيام مظهر مادي للوكالة من الناحية الواقعية فينبغي أن تتولد عنه بالنسبة للغير حسن النية نفس الآثار التي كانت ستتولد عن الوكالة الحقيقية، ومن الفقه الفرنسي الفقيه بلانيول، الذي ينكر –فكرة الخطأ، ويرى أن إلزام الموكل بآثار التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر يستند إلى فكرة الفضالة، مشار لرأيه لدى عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٦٩.

(٢) يمثل هذا الاتجاه الغالب عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦١٠. وفي هذا الصدد يقول "إن هذا الشرط هو الذي يميز الوكالة الظاهرة ويحدد الأساس القانوني الذي تقوم عليه" وجمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٧٨. وأنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٣٠. وتوفيق حسن–

ولأهمية نسبة نشوء الركن المادي للوكالة الظاهرة إلى خطأ الأصيل فإن بعض التشريعات اشترطت صراحة خطأ الموكل (الأصيل) كأساس لإلزامه بتصرفات الوكيل الظاهرة ذلك ما نصت عليه المادة (١١) من قانون الوكالة السوداني "تكون السلطة ظاهرة إذا خلق الأصيل بقوله أو بسلوكه أو سمح بخلق مظهر يفهم منه أن لشخص ما السلطة في العمل نيابة عنه ولم تكن لذلك الشخص سلطة، وتعامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص بصفته وكيلاً اعتماداً على ذلك المظهر.

كما أن الاجتهادات القضائية تسير في وجهة واحدة في هذا الشأن، فبالنسبة للقضاء المصري فإنه بصدور حكم محكمة النقض المصرية الشهير عام ١٩٨٦ والذي حدد موجبات إعمال نظرية الأوضاع الظاهرة ومن ضمنها لزوم أن يكون الركن المادي للظاهر ناشئاً عن خطأ الأصيل سلباً أم إيجاباً، فإن جميع الأحكام التي تلته تسير في هذه الوجهة[1].

وكذلك الأمر بالنسبة لقضاء محكمة التمييز، حيث يبدو اشتراط نسبة نشوء المظهر الخارجي إلى الأصيل واضحاً في العديد من أحكامها، ومن ذلك الحكم الصادر عام (١٩٩٢) والذي جاء فيه: "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة (٨٣٣) من القانون المدني، إلا أن المظهر الخارجي المنسوب

=فرج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص١١٣. وحسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ١٩٨٠، الجزء التاسع والأربعون، ص١٦٩ وما بعدها. ومن الفقه الفرنسي الفقيه ديموج (Demoge)، مشار لرأيه لدى جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٦٨، والفقيه الفرنسي جيرو (Jero)، والذي أضاف إلى فكرة خطأ الموكل كأساس لحماية الغير حسن النية فكرة الاستقرار، مشار لرأيه لدى عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٦٣، كما أن الفقه الأمريكي في مجموعه يقيم قاعدة الوكالة الظاهرة على- -أسس ثلاثة يبرز خطأ الأصيل كأحدها، انظر في تفصيل ذلك: جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٦١٠.

(١) نقض مدني مصري رقم ١٩٧٤ تاريخ ٨٩/١٢/٢٨، ونقض مدني مصري رقم ٢٣٢٣ تاريخ ١٩٩١/١١/٢٤، ونقض مدني مصري رقم ٣٨٨ تاريخ ١٩٩٢/١/٢٠، سالف الإشارة إليها جميعاً.

للموكل يكون من شأنه أن يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم"[1].

ولخطأ الموكل صور تختلف باختلاف حالة الوكالة الظاهرة، ففي حالة انقضاء الوكالة فإن خطأ الموكل قد يتمثل بعدم اتخاذه الاحتياطات الكافية لإعلام الناس بانتهاء الوكالة، لأن سبب انتهاء الوكالة أمراً يخفى على الناس، فمن الطبيعي أن يخفى على الغير، فمثلاً لو انتهت الوكالة لوفاة الموكل أو لفقدانه أهليته، فإن على ورثة الموكل أن يبادورا إلى إعلام الكافة بما فيهم الوكيل بوفاة الموكل أو بفقدانه أهليته. وعدم قيامه بهذا الأمر يعد خطئاً موجباً للمسؤولية باعتبارهم خلفاً عاماً للموكل، كما يعد الموكل مخطئاً إذا عزل الوكيل ولم يبادر إلى إعلام الناس بهذا العزل أو إذا لم يبادر إلى سحب سند الوكالة من الوكيل بعد عزله أو إذا لم يبادر إلى سحب الشارات التي تدل على وكالته[2]. كما يتحقق الخطأ في جانب الموكل إذا لم يحدد إطاراً زمنياً تنقضي به الوكالة، فترك الوكيل حراً في إجراء التصرفات دون تقيده بزمن فلا يسوغ له بعد ذلك أن يحتج بانتهاء الوكالة لانتهاء مدتها حيث يتوجب عليه إفهام الوكيل وبالتحديد في سند الوكالة المدة الزمنية التي تنتهي بها مدته، بيد أن هناك حالات لانتهاء الوكالة لا يمكن فيها تصور خطأ الأصيل وذلك إذا ما تعلق الأمر بانتهاء الوكالة لأي سبب من الأسباب العائدة للوكيل كما لو تنحى أو مات أو فقد أهليته، أو بالوكالة ذاتها كما لو انتهى موضوعها أو الغرض منها، والسبب في ذلك يعود إلى ما أشرنا إليه سابقاً من أن حسن النية مشترط في الوكيل كما هو مشترط في الغير حتى يمكن إسباغ الحماية على الغير، ولذلك فإن انتهاء الوكالة لأي من

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩٢/٥٦٣ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، المرجع السابق، ص٢٠٥٩. وتمييز حقوق رقم ٩١/١٢٤٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤، ص٢٢٩.

(٢) عدنان السرحان، المرجع السابق، ص١٦٤.

الأسباب العائدة للوكيل أو لانتهاء موضوع الوكالة يقدح في حسن نية الوكيل، فلا يعود مجـدياً بعد ذلك البحث عن خطأ الموكل. ولذلك فإن انتهاء الوكالة لانتهـاء موضـوعها أو لأي مـن الأسباب المتعلقة بالوكيل يصلح ركناً مادياً للوكالة الظاهرة في ظل القوانين التي لم تشترط حسن نية الوكيل إلى جانب حسن نية الغير كما هو الحال بالنسبة للقانون المـدني العراقـي وقـانون الوكالة السوداني[1].

أما في حالة انعدام الوكالة فإن تطبيق فكرة الوكالة الظـاهرة يجـب أن يقتصـر علـى الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بموجب الوكالة من فعل الأصيل أو أن يكون سكوته مع علمه قد أسهم في تولد القناعة لدى الغير بوجود الوكالة. وقد سبق لنا أن أوضحنا أن الفقـه والقضاء متفقان على أن أساس إلزام الأصيل بالآثار الناشئة عن الوكالة المنعدمة فـي جميـع مظاهرها وحالاتها هو خطأ الأصيل ذاته. وخطأ الموكل الأصيل يأخذ معنـىً واسـعاً، فيعـد الأصيل مخطئاً إذا كان نشاطه إيجابياً كما لو خلق بقوله أو بسلوكه مظهراً يفهم منه أن لشخص ما السلطة أو التخويل في التصرف أو العمل. وقد يكون موقف الأصيل السلبي مؤدياً إلى خلـق المظهر ويكون ذلك بسماحه بخلق المظهر الناشئ عن سكوته عن مباشرة شخص مزايا ومكنات مركز ليس لـه مع علمه بأن موقفه السلبي من شأنه أن يؤدي إلى الانخداع في صـفة شـاغل المركز. وينسحب هذا التصور لخطأ الأصيل على التطبيق التشريعي لحالـة انعـدام الوكالـة المنصوص عليه في المادة (٣٢٠)، فيعد وفاء المدين صحيحاً لمن تقدم له بمخالصة صادرة عن الدائن، إذا كان نشوء مظهر الوكالة في تحصيل الدين يمكن نسبته إلى الدائن. وخطـأ الـدائن (الأصيل) في هذه الحالة يمكن أن يتمثل بإهماله أو تقصيره في المحافظة على مخالصة الدين أو

---

(١) راجع المادتين ٩٤٨ مدني عراقي و ١١ من قانون الوكالة السوداني.

المستندات المثبتة لــه[1] وإذا لم ينسب للأصيل إهمال أو تقصير في حفظ مخالصــة الــدين أو المستندات المثبتة له فإن خطأه قد يتمثل في عدم مبادرته إلى إطلاع المدين على فقدانه مخالصة الدين[2].

وإذا كان خطأ الأصيل في هذه الحالة من حالات الوكالة المنعدمة ليس سهلاً إقامة الدليل عليه فإن ذلك لا يعني إلغائه وبالتالي يتوجب اشتراطه لأجل التثبت من حسن نية الغير وهو ما يقودنا إلى القول إن الأصيل في معرض نفيه لحسن نية الغير قد يثبت انتفاء الخطأ فــي جانبــه وهذا ما يقودنا أيضاً إلى القول بأن الخطأ وإن كان مشترطاً للحماية فإنه ليس كافياً لإسباغها بل لا بد من توافر حسن النية لدى الغير وهو ما يفرض على الغير ضرورة التحرز والتثبت مــن صفة من يتعامل معه، كالذي قدم له مخالصة الدين. فالأمور متداخلة مع بعضها البعض، غيــر أن ما يتوجب فهمه والتأسيس عليه هو أن خطأ الأصيل أمرٌ لا بد منه لقيام المظهر الخادع وأي قول بخلاف ذلك فإنه يجافي العدالة التي من مرتكزاتها أن لا يُستلب حق أحد دون مبرر وجيــه وقوي.

الفرع الثاني

توافر الركن المعنوي

يقتضي الأمر تحديد هذا العنصر تحديداً دقيقاً ووافياً، لأن حسن النية الواجب توافره فــي الغير ينهض سبباً وجيهاً لإلزام الأصيل بآثار تصرفات وقعت خارج حدود إرادته.

ومقتضى حسن النية في هذا المظهر من مظاهر الحماية هو عدم علــم الغيــر القطعــي بالصفة الحقيقية للمتصرف معه، واعتقاده اليقيني بأنه يتعامل مع شخص لــه ســلطة إجــراء

---

(١) عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٥٨. ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص٦٨.

(٢) عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص ٥٩.

التصرف، وهذا الجهل بحقيقة المتصرف معه ناشئ عن الجهل بانقضاء الوكالة أو انعدامها وهو ما عبر عنه المشرع المدني في المادة (١١٤) مدني والتي تنص "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت إبرام التصرف...".

وعدم العلم أيضاً يقتضي أن لا يكون في وسع الغير العلم بانعدام صفة المتصرف معه في إجراء التصرف وهو ما يعرف بعدم إمكانية العلم[1]، فلا يجوز للغير أن يتذرع بعدم علمه بانقضاء الوكالة أو انعدامها إذا كان في وسعه واستطاعته أن يتثبت من ذلك، فإذا أثبت الأصيل أن الغير كان بوسعه العلم بحقيقة صفة المتصرف معه اعتبر الغير تبعاً لذلك مقصراً ومهملاً في استطلاع حقيقة الأمر، وانتقل عبء الإثبات إليه فيتعين عليه عندئذ أن يثبت عدم تقصيره وإهماله، ولا سبيل لدفع التقصير والإهمال من جانبه إلاّ بإثبات أنه بذل ما في وسعه للتحقق من حقيقة الوكالة أو من حقيقة صفة الوكيل، والمعيار المتبع في هذا الشأن هو معيار الرجل المعتاد إذا وجد في مثل ظروف الغير، فإذا ثبت أن الغير لم يتوسع في البحث والتحري واكتفى بجهد أدنى من الجهد الذي يبذله الرجل المعتاد في مثل ظروفه، عد بذلك سيئ النية[2]، وتبعاً لذلك يعد الغير مقصراً في استطلاع الحقيقة إذا لم يتثبت من سند الوكالة للوقوف على نطاقها الزمني أو عدم التثبت من صفة الشخص الذي يتقدم إليه بمخالصة صادرة عن الدائن.

وحسن النية المستند إلى عدم علم الغير بحقيقة الوكالة أو بحقيقة صفة المتصرف معه أمر مفترض في الغير، فلا يكلف بإثباته وعلى من يدعي عكس ذلك وهو في هذه الحالة الأصيل

---

(١) عبدالباسط الجميعي، المرجع السابق، ص٤٦.

(٢) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص٢٠٥. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصري بأن حسن النية لدى الغير يقتضي انتفاء أي خطأ أو تقصير من قبل الغير في استطلاع الحقيقة، نقض مدني مصري رقم ١٥٦ صدر بتاريخ ١٩٦٩/٤/٨ مشار إليه لدى معوض عبدالتواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، ص٣٠٨.

إثبات ما يدعيه[1]. ويرى بعض الفقه[2] خلاف ذلك، ويعتقدون بأن حسن النية أمر غير مفترض في الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر وأن المفترض هو علم الغير بانقضاء الوكالة أو انعدامها وبالتالي فإن الغير هو الذي يقع عليه بحث إثبات حسن نيته، ويرتكز هذا الجانب من الفقه على أن الحماية المقررة للغير استثنائية وأنها تتعارض مع قواعد المنطق القانوني وهو ما يفرض لى من يرغب بالتمسك بميزة قانونية استثنائية أن يثبت أنه في مركز يسمح له بذلك. كما أن بعض الفروض العملية قد يصعب معها افتراض حسن نية الغير ابتداءً، وهي الفروض التي تنطوي على إمكانية العلم بالعيب الذي يشوب التصرف المراد التمسك به، كما لو كان الغير قد سبق له التعامل مع الموكل أو سبق له العمل معه أو كما لو كان من ذوي الخبرة في إجراء مثل التصرف المراد التمسك به.

وبرأينا فإن افتراض حسن النية لدى الغير لا يخل بحقوق الأصيل، فالغير يقع عليه عبء إثبات المظهر الخارجي للوكالة وخطأ الموكل، فإذا كان الأمر كذلك فلا أقل من أن نعفيه من إثبات حسن نيته.

وحسن النية لا بد من توافره وقت إبرام التصرف وهو ما عبرت عنه المادة (١١٤) مدني، ولذلك فإن علم الغير بانقضاء النيابة أو انعدامها بعد إبرام التصرف لا ينزع عنه حسن النية ويظل مستفيداً من الحماية المقررة له في هذا الخصوص.

ويجب أن يكون حسن نية الغير المتعامل مع الوكيل الظاهر مستنداً إلى غلط معقول، وهو الذي يؤدي إلى خداع الغير، رغم وعيه وحسن إدراكه بالمظاهر التي أحاطت بالوكيل الظاهر، وذلك بأن يكون اعتقاد الغير المغلوط له ما يبرره عقلاً بأن يكون ناشئاً عن صعوبة معرفة وجه

---

(١) محسن البنيه، المرجع السابق، ص٧٥. وسعودي سرحان، المرجع السابق، ص١٩٤.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦٠٧.

عدم مشروعية الصفة القانونية للوكيل الظاهر، وذلك بأن يعتقد خلافاً للحقيقة بأنه يتعامل مع وكيل حقيقي له سند قانوني في إجراء التصرفات نيابة عن الأصيل. كما أن هذا الغلط يجب أن يكون شائعاً بأن لا يقتصر على فئة محدودة، فالغلط المعتد به لتبرير حسن نية الغير هو ما يكون على درجة من المعقولية والقوة والخداع بحيث يكفي توافره لانخداع كل من يقع في ظروف الغير، والوقوع في الغلط يقاس بمعيار الرجل المعتاد، فيكون الغلط معقولاً وشائعاً إذا كان من شأنه أن يخدع كل من يماثل الغير في حيطته وحذره وذكائه[١].

وغني عن البيان أن قوة الغلط ودرجة خداعه ترتبط بقوة الركن المادي للظاهر، فالغلط يكون مبرراً وشائعاً إذا استند إلى ظاهر قوي مقنع، أما الغلط الأحمق أو غير المبرر الذي لا يستند إلى ظاهر معقول فلا يعوّل عليه في استخلاص حسن نية الغير، لأنه لا يتولد في أذهان المهملين أو الغافلين رغم وضوح انعدام صفة الوكيل أو سهولة وضوحها إذا روعي قدر من الحيطة أو عدم كفاية المظاهر المحيطة بالوكيل. والغلط ليس مفترضاً كحسن النية وإنما يقع على من يدعيه عبء إثباته[٢].

وبصفة عامة فإن الغلط في صفة الوكيل يرتبط بحسن النية ارتباطاً كاملاً ويتم استخلاصه من خلال التحقق من حسن نية الغير. وقد قضت محكمة التمييز بضرورة أن يكون حسن نية الغير ناشئاً عن الغلط في صفة الوكيل وقد عبرت عنه بالوهم حيث جاء في حكم لها "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة ٨٣٣ من القانون المدني، إلاّ أن المظهر الخارجي المنسوب للموكل يكون من شأنه أن

---

(١) محسن البنيه، المرجع السابق، ص٦٦. وماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٧٧.

(٢) ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٦٧. والسنهوري، المرجع السابق، ص٦١٢ هامش رقم ٤. ومحسن البنيه، المرجع السابق، ص٧٨.

يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم، عندها تنصرف آثار هذا العقد إلى الموكل"[١].

وإذا ما اكتملت الشروط السابقة جميعها قامت الوكالة الظاهرة بحيث يترتب على قيامها ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية فيما بين الوكيل والغير، فينصرف أثر التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر مع الغير من حقوق والتزامات إلى الموكل كما لو كانت هناك وكالة حقيقية[٢].

---

(١) تمييز حقوق سالف الإشارة إليه ص١٣٣.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٧، المرجع السابق، ص٦١٣. وجمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص٢٥٩.

المبحث الثاني

الملكية الظاهرة

يقصد بالملكية الظاهرة تلك المستندة إما إلى تصرف حقيقي من شأنه أن ينقل الملكية ولكنه زال بأثر رجعي لبطلان أو فسخ[1] أو إلى سيطرة مادية من شأنها أن تظهر شخصاً ما أمام الناس كافة بمظهر المالك للحال الواقع تحت سيطرته المادية.

وسواء استندت الملكية إلى تصرف لحقه البطلان أو الفسخ أو إلى سيطرة مادية، فمن شأن ذلك أن يُظهر شخصاً ما بمظهر المالك خلافاً للحقيقة مما يدعو الآخرين إلى التعامل معه تحت تأثير الاعتقاد المتولد لديهم بملكيته لموضوع التصرف. ويمكن القول بصفة عامة أن الملكية الظاهرة تعد النطاق الاوسع لحماية الغير حسن النية، وفي إطار معالجتها تعددت الاجتهادات القضائية، وبالتحديد في القضاء المقارن، إلى أن انتهت إلى اعتبار نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الإعمال لحماية الغير حسن النية متى توافرت موجبات إعمالها وشرائط تطبيقها، دون الحاجة لوجود نص تشريعي يقررها[2].

---

(١) محمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصيلة، المرجع السابق، ص٦٧٢. ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص٩٣. ومنصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، مكتبة عبدالله وهبة، ص٤٢٠. ومحمد طه البشير، المرجع السابق، ص٥٦.

(٢) نقض مدني مصري رقم ٨٢٦ تاريخ ١٩٨٦/٢/١٦ سالف الإشارة إليه. وتبدو أهمية هذا الحكم الصادر عن دوائر محكمة النقض المصرية مجتمعة في أنه يحول دون ترتيب آثار البطلان بالنسبة للتصرفات التي يقوم بها المالك الظاهر الذي يبطل سند ملكيته إذا ما نشأ عنها إضرار بالغير حسن النية، ولعل أغلب تطبيقات هذا الحكم تنحصر في حماية المتعاقد حسن النية في حالة أعمال الإدارة التي يقوم بها المالك الظاهر، إذ تظل أعمال الإدارة التي تصدر منه قائمة لا تزول رغم الحكم بالبطلان، فلو قام المالك الظاهر بعمل من أعمال الإدارة كالإيجار ثم حكم ببطلان ملكيته، ظل حق المستأجر قائماً في مواجهة المالك=

وعلى الرغم من تعدد مظاهر حماية الغير حسن النية في إطار الملكية الظاهرة في القوانين المدنية المقارنة، فإن المشرع الأردني اقتصر على مظهرين لحماية الغير حسن النية إذا ما أجرى تصرفاً مع المالك الظاهر، أولاهما يتعلق بحماية حائز العقار أو المنقول بحسن نية، وثانيهما يتعلق بحماية الغير حسن النية الذي إذا ما أجرى تصرفاً مع المشتري المريض مرض الموت كسب بمقتضاه حقاً في عين المبيع لقاء عوض. وسوف نتناول هذين المظهرين تباعاً عبر المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

حماية الحائز للعقار أو المنقول بحسن نية

وقد عالجت هذه الحماية المواد (١١٨٢) بفقرتيها[1] و(١١٨٩)[2] بفقرتيها و(١١٩٠)[3] حيث نصت المادة (١/١١٨٢) "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقترنت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات، ٢- والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: أ) الاستيلاء على الأرض الموات، ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية، ج) الهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض، د) الفراغ أو البيع الرسمي أو العادي" في حين نصت المادة (١/١١٨٩) "لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية".

=الذي استقرت له الملكية بعد الحكم بالبطلان بشرط ثبوت تاريخ الإيجار قبل صدور الحكم ببطلان سند ملكية المالك الظاهر.

(١) تقابل المواد ٩٦٩ مدني مصري و٩١٨ مدني سوري و١١٥٨ مدني عراقي.

(٢) تقابل المواد ٩٧٦ مدني مصري و٩٢٧ مدني سوري و١/١١٦٣ مدني عراقي.

(٣) تقابل المواد ٩٧٧ مدني مصري و٩٢٨ مدني سوري و٢/١١٦٣ مدني عراقي.

٢- "وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك" ونصت المادة (١١٩٠) "استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذاكان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقته أو غصبه".

ويتضح لنا من خلال هذه النصوص أن المشرع المدني قد بسط حمايته على الغير الحائز للعقار أو المنقول بحسن نية. وتفترق هذه الحماية في مضمونها في العقار عنه في المنقول في حين تتحد شروط الحماية في الحالتين مع وجود بعض الفروقات البسيطة والتي سنشير إليها في مواضعها، وعليه فسوف نبحث في مضمون حماية الغير حسن النية في النوع الأول ثم نبحث شروط الحماية بصورة عامة دون تفرقة بين العقار أو المنقول مع الإشارة لبعض الاختلافات.

الفرع الأول

مضمون حماية الحائز حسن نية

أولاً: المضمون المباشر للحماية:

إن جوهر مضمون حماية الغير الحائز للعقار أو المنقول يتمثل في الاعتراف بالتصرف الذي حاز بموجبه الغير العقار أو المنقول على الرغم من عدم صدوره من المالك الحقيقي. فالأصل أن التصرف في ملك الغير غير نافذ في مواجهته ولكن اعتبارات حسن النية وحماية الأوضاع الظاهرة دفعت المشرع إلى الخروج من هذا الأصل والحكم بتصحيح التصرف فيما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر للعقار أو المنقول. ولما كان الأمر كذلك فينبغي عدم الخلط بين هذا المضمون الجوهري وبين ما يسفر عنه من اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير والمنقول بأثر فوري عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ذلك أن اكتساب ملكية العقار أو المنقول لا يتحقق دون الاعتراف مسبقاً بالتصرف الذي حاز بموجبه الغير العقار أو المنقول،

وإذا كان هذا التمييز واضحاً في حالة العقار حيث يتراخى اكتساب الغير حسن النية ملكية العقار إلى ما بعد انقضاء مدة التقادم القصير فإنه لا يبدو كذلك في حالة المنقول حيث أن اكتساب ملكية المنقول بأثر فوري وبمجرد تحقق الشروط المطلوبة والتي هي ذاتها المطلوبة لتصحيح التصرف فيما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر للمنقول.

والأمر بنظرنا لا يبدو معقداً أو إشكالياً، فمضمون الحماية الحقيقي هو تصحيح التصرف أي اعتبار التصرف فيما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر صحيحاً وما اكتساب ملكية المنقول إلاّ أثر تابع له. وعليه فإن التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في المادة (١١٨٩) والمتعلقة باستناد الحيازة إلى سبب صحيح وحسن نية، يهدف إلى بيان فيما إذا كان الغير أهلاً للحماية أم لا، فإن كان أهلاً للحماية تم الاعتراف بصحة تصرفه مع المالك الظاهر، ويتبع ذلك اعتبار حيازته للمنقول قرينة على ملكيته له، وإن لم يكن كذلك بأن لم تتحقق فيه الشروط الواجب توافرها عملاً بالمادة (١١٨٩) تعذر بالتالي تصحيح تصرفه فلا يجوز له الاحتجاج به في مواجهة المالك الحقيقي.

وحماية الغير حسن النية بمضمونها المباشر في اعتبار التصرف الصادر من غير مالك للغير صحيحاً، لا تتحقق إلاّ إذا توافر في كل من العقار والمنقول شروطاً معينة. فمن حيث العقار فيشترط فيه أن يكون مملوكاً ملكية خاصة حتى لو على الشيوع وألا يكون مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨٢) "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجلاً في دائرة التسجيل واقترنت الحيازة بحسن نية...". وعلة ذلك أن العقار التي سجلت في دائرة التسجيل العقاري لا يجوز كسب ملكيتها بالحيازة إطلاقاً.

وعليه فلا يتصور قيام الملكية الظاهرة على هذا النوع من العقارات إطلاقاً لأن لا مجال لنقل ملكيتها إلاّ بتسجيلها في دائرة التسجيل المختصة، وبالاضافة للعقارات المسجلة فإن

الأراضي التي تمت التسوية فيها لا يجوز الادعاء باكتساب ملكيتها بالحيازة المقترنة بحسن نية والمستندة إلى سبب صحيح حيث نصت المادة الخامسة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (٥١) لسنة (١٩٥٨) على أنه "لا تسري مدة مرور الزمن على الأموال غير المنقولة التي تمت التسوية فيها" وعلى ذلك جرى قضاء محكمة التمييز حيث جاء في حكم حديث لها "... أن حق الملك في الأرض التي تمت فيها التسوية لا يسقط بأي نوع من أنواع التقادم المسقط والمكسب"[1]، كما لا يدخل في نطاق المضمون المباشر للحماية تصرفات الغير حسن النية الواردة على العقارات المملوكة للدولة (الأراضي الأميرية) أو الهيئات العامة التابعة لها وكذلك أموال وعقارات الأوقاف الخيرية والعقارات المتروكة أو المحمية أو كسب أي حق عيني عليها[2].

وعلى هذا جرى المشرعان العراقي والسوري حيث يستفاد من المادتين (٢/١١٥٨) عراقي و(٩١٨) مدني سوري بأن الحيازة الواقعة على العقارات أو الحقوق العينية غير المسجلة في دائرة الطابو (التسجيل) وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات.

كما أتى المشرع السوري بنص صريح يحول دون اكتساب ملكية العقار بالتقادم إذا كان مسجلاً حيث نصت المادة (٩٢٥) مدني سوري على أنه "لا يسري التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري".

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يشترط لإمكانية كسب ملكية العقار أو أي حق عيني عليه بالتقادم القصير أن يكون العقار أو الحق العيني غير مسجل في دائرة التسجيل وعلى ذلك

---

(١) تمييز حقوق رقم ٨٥/٧١٧ تاريخ ٨٦/١/٦، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨، ص٢٨٧.
(٢) انظر المادة ١١٨٣ مدني.

نصت المادة (٩٦٩) مدني مصري على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية، ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات" إلاّ أن هذا الحكم لا يعدو كونه ظاهرياً، فمن حيث الواقع الفعلي فإن قانون السجل العيني لا يجيز اكتساب الحقوق العينية العقارية الاصلية بالحيازة المقترنة بالتقادم المكسب على خلاف ما هو ثابت في السجل العيني.

حيث تنص المادة (٣٧) من قانون السجل العيني "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه" فلا يجوز بالتالي التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل[١].

أما من حيث المنقول فيتعذر على الغير حسن النية الادعاء بصحة تصرفه إذا ما نازعه المالك الحقيقي فيما اكتسبه من حق عيني على المنقول إذا كان هذا المنقول من طائفة المنقولات التي لا تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. وتشمل هذه الطائفة المنقولات غير المادية كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية وحق الفنان في مبتكراته وسندات الديون، والأوراق التجارية[٢]، ويستثنى من ذلك السند لحامله الذي يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لأن الدين الثابت فيه يندمج في السند ذاته وينتقل بالتسليم، كما هو الحال في المنقول المادي وهذا استثناء منصوص عليه في المادة (١١٨٩) مدني. كما تشمل هذه الطائفة المنقولات المادية التي لا تنتقل ملكيتها إلاّ بالتسجيل كالسيارات والسفن والطائرات لأن من شأن نظام التسجيل أن يمكن المتعامل في هذه المنقولات من معرفة المالك الحقيقي[٣]. وكذلك المنقولات غير القابلة للتعامل كالمنقولات المملوكة للدولة وكذلك المنقولات غير القابلة للحيازة على انفراد وهي المنقولات

---

(١) راجع ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص١٧٧.

(٢) انظر: محمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٦٩٠.

(٣) علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٩، ص٢٢٤.

المكونة لمجموعة قانونية كالتركة أو مجموعة واقعية كالعمل التجاري فهذه المنقولات لا تصلح في جملتها لأن تكون محلاً للحيازة، إنما يصح لمنقول معين منها على وجه الانفراد أن يكـــون محلاً للحيازة[١].

وما دمنا في نطاق المنقول فإن التساؤل يثور هل يدخل في نطـــاق المضـــمون المباشــر للحماية بالمعنى المتقدم، التصرفات المكسبة الغير حقاً عينياً على المنقول المادي أو السند لحامله المسروق أو المغصوب أو الضائع.

لقد عالج المشرع الأردني هذه الحالة في المادة (١١٩٠) حيث نصت المادة المذكورة على أنه "استثناءً من أحكام المادة السابقة، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قـــد فقـــده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تـــاريخ فقـــده أو سرقته أو غصبه وتسري على الرد أحكام المنقول المغصوب.

يتضح من خلال هذا النص أن الغير الذي أجرى تصرف موضوعه المنقول المسروق أو المغصوب أو المفقود لا يكتسب ملكيته أو الحق العيني عليه بأثر فوري، بل يتراخى ذلك إلى ما بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقته أو غصبه، ولما كان الفقه المدني قد اســتقر على أن مدة الثلاث سنوات هي مدة سقوط حق ا لمالك الحقيقي في استرداد منقوله وليست مـــدة تقادم[٢] فإنه يمكن القول استناداً إلى ذلك بأن تصرف الغير حسن النية الـــذي حـــاز بمقتضـــاه المنقول المسروق أو المغصوب أو المفقود هو تصرف صحيح ولكن آثاره تتراخى إلى ما بعـــد انقضاء مدة الثلاث سنوات، وهذا التراخي ينطوي على مراعاة لجانب المالك.

---

(١) محمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٦٩١.

(٢) د. محمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٧٠١. وحســـن كيـــره، المرجـــع السابق، ص ٥١٦.

ثانياً: المضمون غير المباشر للحماية:

ويكمن هذا المضمون في اكتساب الغير حسن النية ملكية العقار أو المنقـول أو أي حـق عيني عليهما. وتبين من خلال ما تقدم من نصوص أن هذا المضمون يختلف في العقار عنه في المنقول، فمن حيث العقار فإن الغير حسن النية لا يكتسب ملكية العقار أو أي حق عيني عليه إلاّ بعد مضي مدة التقادم المكسب القصير، وقد حددها المشرع الأردني في المادة (١١٨٢) مـدني بسبع سنوات، فبعد انقضاء سبع سنوات يمتنع سماع دعوى الملك المقامة من المالك الحقيقي في مواجهة الغير الحائز بحسن نية، ويلاحظ أن مسلك المشرع الأردني في هذا الخصوص يختلف عن مسلك المشرع المصري والسوري والعراقي، إذ أن مدة التقادم المكسبة بملكية العقار أو أي حق عيني عليه في هذه التشريعات هي خمس سنوات إذا ما اقترنت الحيازة بحسن نية اسـتندت إلى سبب صحيح[١].

وتجدر الإشارة إلى أن كسب الحائز للحق يكون بأثر رجعي يستند إلى بدء مدة التقادم[٢]، وإذا تم التمسك بالتقادم فإن المحكمة تمتنع عن سماع الدعوى وبذلك يكسب الغير الحائز الحـق كل الحيازة، ولكن إذا كان الشيء محل الحيازة مثقلاً بتكاليف عينية كالرهن أو حق انتفاع مقرر للغير عليه فإن كسب ملكية الشيء بالتقادم لا يؤدي إلى زوال هذه التكـاليف، إذ لـيس للتقـادم المكسب أثر مسقط، ما لم تسقط هذه التكاليف بصورة مستقلة[٣].

أما من حيث المنقول فإن الأصل أن الغير حسن النية وبمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز يكتسب ملكية المنقول أو أي حق عيني أصلي علي بأثر فوري بمجرد تحقق الشروط

---

(١) انظر: المواد ٩٦٩ مصري و٩١٨ سوري و١١٥٨/١ عراقي.

(٢) انظر: علي العبيدي، المرجع السابق، ص٢٢٢.

(٣) انظر: علي العبيدي، المرجع السابق، ص٢٢٢.

المطلوبة[١].

واكتساب الغير حسن النية ملكية المنقول أو أي حق عيني عليه بأثر فوري مباشر لا يتحقق إلاّ إذا كان المنقول قد خرج من مالكه الحقيقي باختياره، كما لو سلم المالك الحقيقي المنقول إلى شخص آخر على سبيل العارية أو الوديعة، فباعه هذا الأخير إلى الحائز (الغير حسن النية) ويلحق بها حالة الوارث الظاهر، كما لو ورث شخص مالاً منقولاً من شخص متوفى وقام ببيع هذا المال ثم ظهر بعد ذلك من يحجبه، فإن الوارث الحقيقي وهو الذي حجب بائع المنقول، لا يملك أن يدعي ملكية المنقول في مواجهة الغير حسن النية.

وقد اقتصر المشرع الأردني بصفة عامة على هذا الأثر في حماية الغير حسن النية وهو ما يسمى بالأثر المكسب، فمن حاز منقولاً بحسن نية وسبب صحيح لا تسمع عليه دعوى الملك أو الحق العيني ودون حاجة لمرور مدة معينة على حيازته[٢].

في حين لم ينص على الأثر المسقط للتكاليف والقيود العينية على المنقول[٣]، خلافاً لما ذهب إليه المشرعان المصري والسوري[٤]، ولذلك فإن الغير حسن النية إذا ما كسب ملكية المنقول بموجب الأثر المكسب لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز فإن المنقول ينتقل إليه محملاً بكافة التكاليف والقيود المثقل بها، فمثلاً لو اشترى شخص منقولاً من غير مالكه وكان

(١) راجع المادة ١١٨٩ مدني.

(٢) محمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٣٢٣.

(٣) يقصد بالأثر المسقط للحيازة أنه من حاز منقولاً بحسن نية وسبب صحيح معتقداً أنه خال من التكاليف العينية، كالحقوق العينية بتبعية والحقوق العينية الأصلية المقررة لغير كالشرط المانع من التصرف، فإنه يكتسب ملكية المنقول خالياً من التكاليف حتى لو كان مثقلاً بها.

(٤) فقد نصت المادة ٢/٩٧٦ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ٢/٩٢٧ مدني سوري على أنه "فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها" في حين جاء موقف المشرع العراقي مماثلاً لموقف المشرع الأردني فلم ينص على الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

هذا المنقول مثقلاً بحق رهن، فإن هذا الرهن يظل ملازماً للمنقول وملتصقاً به فيكسب الغير حسن النية المنقول وهو مثقل بالرهن إلاّ أن المشرع الأردني أورد تطبيقاً خاصاً للأثر المسقط يتعلق بحقوق الامتياز، فقد نصت المادة (١/٤٢٧) مدني على أنه "لا يؤثر الامتياز على حقوق حائز المنقول إذا كان حسن النية.

أما إذا كان المنقول المادي أو السند لحامله قد خرج من يد مالكه الحقيقي دون إرادة منه أو رضا كان سُرق أو غصب أو فقد فإن الغير الذي آلت إليه حيازته نتيجة تصرف أجراه مع المالك الظاهر للمنقول، لا يكتسب ملكية أو أي حق عيني عليه إلاّ بعد مضي مدة ثلاث سنوات من تاريخ سرقة المنقول أو فقده أو غصبه، وهذا ما قضت به المادة (١/١١٩٠) مدني حيث تنص استثناءً من أحكام المادة السابقة "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقته أو غصبه وتسري على الرد أحكام المنقول المغصوب".

وقد سبق القول أن مدة الثلاث سنوات المضروبة للمالك الحقيقي لاسترداد منقولة هي مدة سقوط حقه في استرداد المنقول وليست مدة تقادم مما يؤكد ما ذهبنا إليه من تحقق المضمون المباشر للحماية المتمثل في تصحيح التصرف الجاري بين المالك الظاهر للمنقول والغير حسن النية، كما أن إعطاء المالك الحقيقي مدة ثلاث سنوات لاسترداد منقوله من يد الحائز يقودنا إلى القول بأن انتقال ملكية المنقول أو الحق العيني عليه وإلى الغير الحائز بحسن نية يتراخى إلى ما بعد انقضاء الثلاث سنوات.

وظاهر أن المشرع إذ يرجئ انتقال ملكية المنقول المسروق أو المفقود أو المغصوب إلى الغير حسن النية إلى ما بعد انقضاء ثلاث سنوات فإنه يراعي جانب المالك على اعتبار أن المنقول خرج منه دون إرادته ولذلك يتعين اعتبار خروج المنقول من حوزة مالكه دون إرادته

أو رضاه، ضابطاً لإمكانية استرداده خلال مدة الثلاث سنوات حتى لو كان في يد حائز حسن النية،وعليه فإن ثبوت خروج المنقول من حوزة مالكه بإرادته ورضاه يترتب عليه عدم إمكانية استرداد منقوله إذا كان في يد حائز حسن النية.ومن قبيل حالات الخروج الإرادي للمنقول فضلاً عما سبق ذكره، حالة انتقال المنقول إلى شخص آخر نتيجة وقوع المالك ضحية الاحتيال أو نتيجة لسوء أمانة من أودع لديه المنقول أو من وكل ببيعه[1]، أو كما لو احتال شخص على آخر وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال، ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية، ملك الحائز المنقول، ولا يجوز للمالك استرداده منه[2].

وفي حالة عدم تحقق المضمون غير المباشر للحماية سواء في حالة العقار أو المنقول، فإن المشرع الأردني لم يُعدِم الغير الحائز بحسن نية أي حماية، فبسط عليه الحماية في نواح عديدة، فمن الناحية الأولى فإن الغير الحائز بحسن نية إذا ما أخفق في تملك الشيء وقام برده إلى مالكه بسبب قيام هذا الأخير بقطع تقادمه القصير للعقار أو استرداد منقوله، فإن الحائز يتملك الثمار التي قبضها أثناء حيازته للشيء لقاء جهوده والمصاريف التي أنفقها من أجل الحصول على هذه الثمار. وعلى هذا نصت المادة (١١٩١) "يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته"[3]، كما نصت المادة (١١٩٥) على أنه "إذا انتفع الحائز حسن النية بالشيء معتقداً أن ذلك من حقه فلا يلتزم لمن استحقه بمقابل هذا الانتفاع".

---

(١) انظر في ذلك: عبدالمنعم الصده، المرجع السابق، ص٤٤٩. والسنهوري، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص١١٥٨. ومحمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٣٢٧. ويرى الدكتور سعيد مبارك أن خروج المنقول من يد مالكه نتيجة سوء أمانة المودع لديه أو الوكيل أو المستعير لا يحول دون قيام المالك الحقيقي باسترداد المنقول خلال مدة الثلاث سنوات. سعيد مبارك، الحقوق العينية الأصلية، ط١، ١٩٧٣، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص٢٣٢.

(٢) السنهوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص١١٥٨.

(٣) تقابل المواد ٩٧٨ مدني مصري و٩٢٩ مدني سوري و١١٦٥ مدني عراقي. وانظر تفصيلاً لهذا الموضوع لدى: على العبيدي، المرجع السابق، ص٢٢٩.

ويكون تملك الحائز حسن النية للثمار من يوم فصلها إذا كانت طبيعية أو صناعية أما إذا كانت ثماراً مدينة فتعتبر مقبوضة يوماً فيوم، فمثلاً لو كانت الثمار عبارة عن محاصيل زراعية، فإن قبضها يتحقق من يوم فصلها عن الأرض من قبل الحائز. أما إذا كانت الثمار عبارة عن أجرة عقار فإنها تعتبر مقبوضة يوماً فيوم أي بالاستحقاق اليومي لها وإن لم يقبضها الحائز فعلاً.

ومن ناحية ثانية فإن الغير الحائز بحسن نية لا يكون مسؤولاً عما أصاب الشيء الذي حازه من هلاك أو تلف إلاّ بقدر ما عاد عليه من تعويضات أو تأمينات ترتبت على هذا الهلاك أو التلف. وعلى ذلك نصت المادة (٢/١١٩٥) مدني "ولا يكون الحائز حسن النية مسؤولاً عما أصاب الشيء من هلاك أو تلف إلاّ بقدر ما عاد عليه من تعويضات أو تأمينات ترتبت على هذا الهلاك أو التلف، فالمشرع لا يحمل الغير الحائز بحسن نية أي مسؤولية عن الهلاك أو التلف وإن كان بتقصير منه، وذلك لأنه يحوز الشيء بحسن نية معتقداً أنه هو المالك، وبالتالي فهو يتصرف به تصرف المالك، أما الحائز سيئ النية فقد حمله المشرع مسؤولية الهلاك أو التلف وإن كان قد حصل بسبب لا بد له فيه[(١)].

وهذا الموقف ذاته لدى المشرع المصري والسوري[(٢)] والعراقي وإن كان المشرع العراقي لم يفرد له نصاً صريحاً ولكنه يستنتج من مفهوم المخالفة لنص المادة (١١٦٨) مدني عراقي والتي تنص (إذا كان الحائز سيئ النية، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلاّ إذا اثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه).

---

(١) المادة ١١٩٦ مدني أردني. وانظر تفصيل ذلك سعيد مبارك، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) المادة ٢/٩٨٣ مدني مصري و ٢/٩٣٤ مدني سوري.

ومن الناحية الثالثة فإن الغير الحائز بحسن نية الذي أنفق مصروفات نافعة على الشيء طوال مدة حيازته يعامل معاملة المحدث حسن النية في أرض الغير[١]، فيمتلك الشيء قياساً على المادة (١١٤١) مدني المتعلقة بالمحدث حسن النية والتي تنص "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يتملكها بقيمتها قائمة".

ومن الناحية الرابعة، فإن الغير الحائز بحسن نية للمنقول المسروق أو المغصوب المفقود له أن يحبس المنقول في يده وأن يمتنع عن تسليمه إلى مالكه الحقيقي حتى يقوم هذا الأخير بدفع الثمن الذي أداه للمالك الظاهر[٢].

وتنحصر هذه الحماية في الحالة التي يكون فيها الغير قد اشترى المنقول في سوق أو في مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله وقد نصت على ذلك المادة (٢/١١٩٠) "فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع أو المغصوب في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو في مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه"[٣].

---

(١) المادة ٢/١١٩٣ والتي تنص "أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادة ١١٤١ من هذا القانون" وتقابل المواد ٢/١١٦٧ مدني عراقي والتي عاملت الحائز حسن النية فيما يتعلق بالمصروفات النافعة معاملة الباني حسن النية وأحالت في ذلك للمادة ١١٢٠ مدني عراقي والمادة ٩٨٠ مدني مصري والتي أحالت للمادة ٩٢٥ لذات الغاية السابقة والمادة ٢/٩٣١ مدني سوري والمدة ٢/١١٦٧ عراقي.

(٢) السنهوري، الوسيط، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص١١٦٧.

(٣) تقابل المواد ٢/٩٧٧ مدني مصري و٢/٩٢٨ مدني سوري.

الفرع الثاني

شروط الحماية

لما كانت حماية الغير حسن النية في هذا المظهر من مظاهر الحماية تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة -كما أوضحنا سابقاً- فيتعين تبعاً لذلك إدراج توافر ركني الظاهر المادي والمعنوي في إطار هذه الشروط. ولما كان الركن المعنوي يتضمن شرط حسن النية المنصوص عليه فلا يبقى من الشروط سوى أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح، وينبغي الإشارة إلى أن هذه الشروط يستلزمها تحقق المضمون المباشر للحماية المتمثل في تصحيح التصرف الذي تقرر بمقتضاه للغير حسن النية حقاً عينياً على الشيء "عقاراً كان أم منقولاً" أي اعتبار التصرف الذي أجراه الغير حسن النية مع غير المالك وتقرر له بمقتضاه حقاً عينياً تصرفاً صحيحاً كما لو أنه أجراه مع المالك الحقيقي(١).

أولاً: تحقق الركن المادي الظاهر:

يتحقق الركن المادي للظاهر، بظهور المتصرف بالعقار أو المنقول بمظهر المالك، وذلك بأن تكون الأفعال الدالة على ذلك واضحة، بأن يكون ظاهراً أو في مكنته مباشرة كافة الأعمال المادية أو القانونية على العقار أو المنقول كما يباشرها صاحب الحق(٢). ويتجلى ذلك بأن يجمع بين يديه كافة الميزات التي يوفرها حق الملكية للمالك الحقيقي، وذلك بأن يظهر أمام الكافة قادراً على استعمال المال أو استغلاله أو التصرف فيه على نحو يعتقد معه الغير اعتقاداً كاملاً بملكية

---

(١) فيرتب هذا التصرف جميع آثاره وتنتقل ملكية الشيء أو أي حق عيني آخر عليه للغير بأثر فوري وذلك في المنقول حيث تقوم الحيازة قرينة على الملكية، أما في حالة العقار فإن تصحيح تصرف الغير واعتباره صادراً من مالك، يعطي ا لغير ميزة كسب ملكية العقار اون أي حق عيني عليه بالتقادم القصير.

(٢) انظر محمد عبداللطيف، مرجع سابق، ص٢٣٩. وفي هذا المعنى أيضاً نعمان جمعة، المرجع السابق، ص٩٣. ورمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٦٧٥.

هذا الشخص. ويستوي أن يكون ظهور المتصرف بمظهر المالك ناشئاً عن سيطرة مادية، وذلك بوضع يده على العقار أو المنقول بنية تملكه بالتقادم المكسب الطويل، أو عن سبق ملكيته ثم زوالها بأثر رجعي لبطلان أو فسخ[١]. وهذه الحالة الأخيرة تظهر بشكل واضح وجلي في المنقول، وذلك باستمرار المتصرف بحيازة المنقول على الرغم من بطلان التصرف الناقل لملكيته أو فسخه[٢].

ولما كان من المتصور أن يكون المتصرف بالعقار أو المنقول واضع اليد عليه بنية تملكه بالتقادم الطويل، فإن ما يشترط في الحيازة كي تنتج آثارها بتملك العقار أو المنقول بالتقادم الطويل، يساهم بشكل كبير في استقرار وتدعيم الركن المادي للظاهر، مما يؤدي إلى نشوء الاعتقاد لدى الغير بملكية الحائز. فالحائز إذا كانت حيازته هادئة، وذلك بأن يتمكن واضع اليد (الحائز) من الانتفاع انتفاعاً لا يشوبه عنف أو قوة أو إكراه[٣]، وظاهره ليس فيها عيب الخفاء بأن تكون الأفعال الدالة على وضع اليد واضحة بأن يباشر الحائز الأعمال المادية للحيازة كما يباشرها صاحب الحق[٤] قائمة على عمل ليس من أعمال الإباحة أو على سبيل التسامح، فإن من شأن ذلك كله أن تكون الحيازة مستجمعة لشروطها وموجبات صحتها، وتكون عندئذ على درجة

(١) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، مطبعة منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٣٢٠.

(٢) ويظهر ذلك بوضوح في العديد من الحالات، فلو اشترى شخص منقولاً ثم تصرف فيه إلى آخر حسن النية، فإن لهذا الأخير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز، فإذا ما فسخ العقد الأصلي بين البائع والمشتري فلا يمكن رد الأمور إلى ما كانت عليه إذ يحتمي الغير وراء هذه القاعدة حتى لو كان حسن النية. انظر تفصيلاً لذلك لدى: توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٢٧٤-٢٧٦. ولدى: سليمان مرقص، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٦٦، مكتبة دار النهضة العربية، ص٢٧٦-٢٧٧.

(٣) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص٢٣٥.

(٤) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص٤٣٩.

من القوة والوجاهة مما يبعث على الاعتقاد بأن الحائز ما هو إلاّ صاحب الحق أو المالك، مما يساهم في استقرار الركن المادي للظاهر.

إلاّ أن أهم ما يؤدى إلى نشوء الظاهر واستقراره ويبرر الحماية للغير حسن النية هو الخطأ المنسوب للمالك الحقيقي والذي أدى إلى أن يظهر شخص آخر خلافه بمظهر المالك للعقار أو المنقول العائد له، ويتجسد خطأ المالك الحقيقي في إهماله المتمثل بترك الحائز يبدو بمظهر المالك وعدم ملاحقته وعدم اطلاع الغير على حقيقة وضعه، أو عدم المبادرة إلى قطع تقادم الحائز أو بعدم المبادرة إلى استرداد منقوله بعد البطلان أو الفسخ(١)، كما يعد من قبيل الخطأ سوء اختيار الماك الحقيقي لمن أودع لديه ماله المنقول أو أعاره له. كما يعد المالك الحقيقي مخطئاً في أنه ساهم بنشوء قرينة مفادها أنه متنازل ضمناً عن المطالبة بحقه(٢)، وهذا ما دفع الحائز للعقار أو المنقول بأن يستمر في الظهور على العقار أو المنقول بمظهر المالك مما دفع الغير للتعاقد معه.

ويقع عبء إثبات خطأ المالك الحقيقي على الغير وله أن يسلك في سبيل ذلك كافة طرق الإثبات(٣) فإذا ما نجح في ذلك انتقل عبء الإثبات إلى المالك الحقيقي إذا ما أراد نفي الخطأ من جانبه وله أن يثبت ذلك بكافة الطرق. ويعد من قبيل نفي الخطأ أن يثبت المالك الحقيقي سلوك الحائز المتصرف بالعقار أو المنقول طريق الخفاء في حيازته للعقار أو المنقول أو أن يثبت قيام التعدي والإكراه من جانب الحائز لنفي ما يشترط في الحيازة من صفة الهدوء أو أن يثبت أنه بذل أقصى مساعيه في استرداد منقوله من مالكه السابق بعد بطلان التصرف أو فسخه كأن يبرز

---

(١) سليمان مرقص، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٢٧٧.
(٢) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص٨.
(٣) أمير عدلي خالد، المرجع السابق، ص ٣٢١.

إعلاناً في الصحف أو أن يحضر شهوداً لإثبات أنه لم يقصر في إطلاع العموم على الصفة الحقيقية للمتصرف بالمنقول، كما أن نفي المالك الحقيقي الخطأ من جانبه يدخل في سياق إثبات سوء نية الغير، فإذا أثبت المالك الحقيقي أن الغير كان بوسعه واستطاعته العلم بالصفة الحقيقية للمتصرف بالمنقول فإنه بذلك يثبت بصورة غير مباشرة انتفاء الخطأ في جانبه بأنه لم يقصر في تتبع منقوله وإذا ما نجح المالك الحقيقي في نفي الخطأ من جانبه انهار تبعاً لذلك الركن المادي للظاهر[1]، فلا يعود الغير جديراً بالحماية لأن انتفاء الخطأ في جانب المالك الحقيقي غالباً ما يتداخل مع حسن نية الغير لأن المالك الحقيقي إذا كان قد ثابر في حماية ماله وتتبعه فإنه بذلك يجعل صفة المتصرف بالمال في متناول علم الغير بها حيث أن مقتضى حسن النية لدى الغير - كما سنرى- التثبت والتحقق من صفة المتصرف بالمال. غير أن موضوع إثبات الخطأ في جانب المالك الحقيقي لا يثار في ظل القانون المدني الأردني إذا تعلق الأمر بمنقول انتقلت حيازته لحائز حسن لنية، لأن مقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في ظل هذا القانون أنها تقيم الحيازة قرينة على الملكية[2] وأن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس[3]، وعليه فلا يكلف المالك الحقيقي إلاّ إثبات ملكيته للمنقول حتى يسترده من الغير الحائز بحسن نية، وهذا يخالف ما

---

(١) يرى بعض شراح القانون المدني المصري أنه من الصعب افتراض الخطأ في جانب المالك الحقيقي فيما يتعلق بحيازة العقار، لأن الغير الذي تعامل مع المالك الظاهر للعقار بوسعه أن يتحقق من الصفة الحقيقية للمتصرف معه عن طريق الاطلاع على صحيفة العقار المراد ترتيب التصرف عليه خاصة وأن الحيازة في ظل القانون المدني المصري يمكن أن تقع على عقار مسجل.. انظر في ذلك: ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص١٧٧.

(٢) المادة ٢/١١٨٩ ومفادها "وتقوم الحيازة في ذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك" ويرى د. علي العبيدي في التعليق على هذه الفقرة أن المشرع الأردني قد نسف قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز من أساسها ولم يبق لها وجود. راجع: علي العبيدي، المرجع السابق، ص٢٢٦.

(٣) في هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز فقد جاء في قرارها (أن الأصل العام المقرر في المادة ٢/١١٨٩ من القانون المدني أن الحيازة في المنقول تقوم بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك، وبمقتضى ذلك=

ذهب إليه المشرع السوري والمصري والعراقي عندما اعتبر أن الحيازة تقوم قرينة على السبب الصحيح وحسن النية.

كما لا يثار موضوع خطأ المالك الحقيقي في ظل القانون الأردني فيما يتعلق بالمنقول إذا كان مسروقاً أو مفقوداً أو مغصوباً وأن المالك بحسب المادة (١/١١٩٠) مدني[1]، يظل له الحق في استرداد المنقول خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الفقد أو الغصب، دون أن يكون في وسع الغير الدفع بواجهته بأي دفع حيث يقتصر الأمر على أن يقوم المالك بإثبات ملكيته للمنقول.

ثانياً: تحقق الركن المعنوي للظاهر:

ويتمثل الركن المعنوي بتوافر حسن النية لدى الغير الحائز للعقار أو المنقول وبشرط أن يكون ناشئاً عن غلط عام معقول في صفة المتصرف بالعقار أو المنقول. وقد أتى المشرع الأردني على تعريف حسن النية في المادة (١١٧٦) من القانون المدني حيث نصت على أنه "يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره"[2]. كما نصت المادة (١١٧٧) على أنه "١- أن لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلاّ من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداءً على حق الغير، ٢- كما يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، ٣- ويعد سيئ النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره".

=فإن حائز المال المنقول لا يكلف باثبات ملكيته له حيث أن حيازته للمال تعد قرينة قانونية على الملكية قابلة لإثبات العكس) تمييز حقوق ٨٩/٤١٦، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠، الجزء الأول، ص٢٢٧١.

(١) تقابل المادة ٩٦٥ مدني مصري.

(٢) تقابل المادة ٩٦٦ مدني مصري.

ويتضح من هذين النصين أن المقصود بحسن النية لدى الغير الحائز هو جهله بأنه يعتدي على حق الغير ويتحقق هذا المعنى إذا كان الحائز يعتقد أنه يتلقى ملكية العقار أو المنقول أو الحق العيني عليهما من صاحبه الحقيقي[1]، فحسن النية يقتضي أن يكون المتصرف إليه (الغير الحائز) معتقداً اعتقاداً سليماً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا شاب هذا الاعتقاد أدنى شك انتفى حسن النية[2]. ويسري هذا التصور لحسن النية في حالتي العقار والمنقول، فالغير الذي أجرى تصرفاً مع المالك الظاهر للعقار أو المنقول لا بد أن يكون معتقداً اعتقاداً كاملاً ولا يخالجه أي شك في ملكية هذا الشخص لما يتصرف به.

ويترتب على ذلك أن حسن النية ينتفي لدى الغير إذا علم بأن سند من تلقى عنه الحق باطل أو قابل للفسخ أو يشعر به أي عيب بأي وجه من الوجوه، أو إذا علم بأن ملكية العقار أو المنقول عليها نزاع أمام القضاء[3] أو إذا علم بأن المتصرف بالمنقول ليس إلاّ سارقاً أو غاصباً له أو عثر عليه ولم يرجعه لصاحبه. ففي جميع هذه الأحوال لا يبقى أي مبرر لحماية الغير، إذ أن حيازته بعد ذلك تشكل اعتداءً على حق المالك الحقيقي.

ويلاحظ أن المشرع الأردني في معرض معالجته لحسن النية الواجب توافره لدى الحائز، قد اكتفى بالمعيار الشخصي المتمثل بضرورة أن يكون المتصرف إليه (الغير) يجهل أنه يعتدي على حق المالك الحقيقي. وهذا المعيار يراعى فيه اعتقاد الحائز نفسه خلافاً لما ذهب إليه

---

(١) علي العبيدي، المرجع السابق، ص٢١٥. ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص١٢٧.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٩، المرجع السابق، ١١٠٥. وعدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص٣١٩. ومحمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٢٩٢. وعلى هذا استقر قضاء محكمة النقض المصرية حيث جاء في مجمل أحكامها (أن حسن النية المقصود بالمادة ٩٦٥ هو الاعتقاد الكامل الباث بملكية المتصرف لما يتصرف به) راجع في ذلك: عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص٣١٩.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٢٥. والسنهوري، ج٩، المرجع السابق، ص٤٢٥. وعلي العبيدي، المرجع السابق، ص٢١٦.

المشرع المصري الذي أضاف معياراً آخر إلى المعيار الشخصي القائم على اعتقاد الحائز نفسه، وهو المعيار الموضوعي القائم على انتفاء حسن النية في جانب الحائز إذا كان جهله بعيوب سند المتصرف إليه ناشئاً عن خطأ جسيم. حيث نصت على ذلك المادة (٩٦٥) مصري "يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلاّ إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم"، فإذا اتصف سلوك الحائز بما يقطع أنه ارتكب خطأ جسيماً، كما لو اشترى عقاراً من شخص دون أن يطلع على المستندات التي تؤيد ملكيته للعقار، انتفى لديه حسن النية حتى لو كان يعتقد أن البائع مالك[1]. وإذا كان اتباع المشرع الأردني للمعيار الشخصي في تحديد حسن نية الغير الحائز يعوّل فيه على اعتقاد الحائز شخصياً وليس على ما يمكن أن يعتقده الشخص المعتاد فيما لو وجد في نفس ظروف الحائز، فإن ذلك يؤدي إلى اتساع مفهوم حسن النية فيما لو كان الغير الذي تعامل مع المالك الظاهر شخصاً مهملاً، إذ في هذه الحالة قد يتحقق لديه حسن النية رغم أن الظروف التي تعامل فيها تحتم عليه أن يكون عالماً بأنه يعتدي على حق المالك الحقيقي فيما لو بذل العناية التي يبذلها الشخص المعتاد. وفي الجانب المقابل فإن اتباع هذا المعيار في تحديد حسن نية من شأنه أن يضيق مفهوم حسن النية إلى حد كبير فيما لو كان الغير الحائز شخصاً يقظاً وحريصاً في سلوكه المعتاد إذ لا يكون حسن النية إلاّ إذا ثبت أنه بذل أقصى درجات التحوط والحرص في التحقق من صفة المتصرف معه.

وحبذا لو يعدل المشرع الأردني عن هذا المعيار في تحديد حسن نية الغير الحائز للعقار أو المنقول ويلجأ إلى معيار الشخص المعتاد بغية تحقيق التوازن فيما بين الغير حسن النية وصاحب الحق، إذ من شأن هذا المعيار، أن يخل بمصلحة صاحب الحق إخلالاً فادحاً فيما لو

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٤٢٥. وعبدالمنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٦٤٩.

كان الغير من فئة الأشخاص قليلي الحذر والعناية فيؤدي ذلك إلى نتائج وخيمة من قبيل اعتبار شخص عُرف بقلة حذره وتحوطه حسن النية إذا ما اشترى منقولاً ثميناً بثمن قليل، كما يؤدي هذا المعيار إلى نتائج وخيمة، تقع على الغير إذا كان من فئة الناس شديدي اليقظة في التعامل إذ يمكن نفي حسن النية لديه بسهولة ويسر.

وبصورة عامة فإن حسن النية مفترض في جانب الغير وعلى من يدعي عكسه وهو في هذه الحالة المالك الحقيقي إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات. ومن قبيل نفي حسن النية عن الحائز أن يثبت المالك الحقيقي أن الغير الحائز قد غصب الحيازة بالإكراه، إذ يعد في هذه الحالة سيئ النية بحكم القانون[١].

أما بخصوص الوقت الذي يجب أن يتوفر فيه حسن النية فينبغي التفرقة بين العقار والمنقول، ففيما يتعلق بالعقار فالرأي الغالب لدى الفقه[٢] أن الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية لدى الحائز هو وقت تلقي الحق من المتصرف، ووقت تلقي الحق هو الوقت الذي يكسب فيه الحائز الملكية أو الحق العيني لو أن المتصرف كان مالكاً حقيقياً للشيء.

وقد جاء حكم المشرعين المصري والسوري موافقاً لهذا الرأي حيث نصت المادة (٢/٩٦٩) من القانون المصري المقابلة للمادة (٢/٩١٨) مدني سوري على أنه "ولا يشترط توافر حسن النية إلاّ وقت تلقي الحق".

وذهب جانب من الفقه إلى أن حسن النية مطلوب وقت إبرام التصرف، فلا يشترط توافر

---

(١) المادة ٣/١١١٧ مدني.

(٢) راجع هذا الرأي لدى: السنهوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص١١١١. ومحمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٢٩٤. وعبدالمنعم الصده، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص٦٥٠. ورمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٦٨٦. وسعيد مبارك، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص١٥٢.

حسن النية لدى الحائز وقت تلقيه الحق من المتصرف[1]، ويسوّغ هذا الاتجاه رأيــه بــالقول إن اشتراط توافر حسن النية لدى الحائز وقت تلقيه الحق من المتصرف وما يسفر عنه من ضرورة توافر حسن النية إذا كان انتقال الحق مقيد باستكمال شكلية التسجيل أو القيد، فإن ذلك يؤدي إلى اهدار الغاية التي من اجلها شرع التقادم القصير، لأن تسجيل التصرف يتطلب إبــراز ســندات الملكية، ولما كان المتصرف غير مالك فيتعذر عليه تقديم هذه المستندات وبذلك ينحصر مجــال التملك بالتقادم الخمسي في الأحوال التي يتم فيها التسجيل بالخطأ بــالرغم مــن عــدم ملكيــة التصرف[2].

ولم يفصح المشرع الأردني عن الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية لــدى الغيــر الحائز مما دفع الشراح إلى التنازع حول هذه المسألة فذهب الــبعض[3] إلــى أن حســن النيــة مطلوب وقت تلقي الحق، أي وقت توفر السبب الصحيح في حين ذهب البعض الاخــر[4] إلــى اشتراط توفر حسن النية من بدء الحيازة.

ونرى بصحة هذا الاتجاه لأن نص المادة (١/١١٨٢) اشترط اقتران الحيازة بحسن نيــة ولم يشترط اقتران السبب الصحيح بحسن النية.

أما الوقت الذي يشترط فيه توافر حسن لنية لاكتساب ملكية المنقول بالحيازة فهو وقت بدء الحيازة، أي وقت تسلم المنقول[5]، والسبب في ذلك أن الحيازة ذاتها في المنقول تعد قرينة على

---

(١) انظر محمد كامل مرسي، شرح القانون المــدني، ج٤، الحقــوق العينيــة الأصــلية، ١٩٥٢، ص٢١١. ومنصور مصطفى منصور، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٤٢٣.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٢٣.

(٣) سعيد مبارك، المرجع السابق، ص١٥٢.

(٤) محمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص١٥٢. وعلــي العبيــدي، المرجــع السابق، ص٢١٧.

(٥) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٢٧. ومحمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية الأصــلية، المرجع السابق، ص٦٩٣.

ملكية من قبل الحائز، ويكفي توفر حسن النية وقت بدء الحيازة في المنقول أو وقت تلقي الحق في العقار وفقاً للقانونين المصري والسوري ووقت بدء الحيازة وفقاً للقانون الأردني، ولا عبرة لسوء النية الطارئ بعد ذلك، فإذا علم الغير الحائز أثناء حيازته للعقار أن من اشترى منه العقار شخص غير مالك فإنه يحق له أن يتمسك بالتقادم القصير في مواجهة المالك الحقيقي.

وتقدير توافر حسن النية من عدمه يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع[1] ولا رقابة عليها في ذلك إلاّ من حيث التسبيب، والعبرة في تقدير حسن النية من عدمه بنية الحائز نفسه، إلاّ إذا كان غير مميز أو شخصاً معنوياً، إذ العبرة في مثل هذه الحالة بنية من يمثله قانوناً[2].

وأخيراً لا بد أن يكون حسن النية مستنداً إلى غلط عام معقول في صفة المتصرف وذلك بأن يكون الاعتقاد بملكية المتصرف بالعقار أو المنقول ناشئاً عن غلط عام ومعقول مما يبعث على الاعتقاد بأن المتصرف مالكاً للعقار أو الحق العيني المتصرف به. ويقصد بكون الغلط معقولاً، أن يكون على درجة من القوة والوجاهة على نحو يجعل الغير ينخدع به، أما كونه عاماً فمعناه ألا يكون الغلط قاصراً في تأثيره على فئة محدودة من الأشخاص، ومعقولية الغلط وعموميته تتوقف على مدى قوة الركن المادي للظاهر. فكلما كان الركن المادي للظاهر قوياً ومستقراً بأن كان ظاهر الحال المتصرف يقطع بملكيته للعقار أو المنقول كما لو كان حائزاً له بنية تملكه بالتقادم الطويل وكان يباشر عليه كافة سلطات المالك ومزاياه أو كما لو كان قد عرف عنه أنه امتلك العقار أو المنقول نتيجة تصرف أجراه مع المالك الحقيقي ثم فسخ هذا التصرف وزال لأي سبب من الأسباب دون أن يكون سبب فسخ التصرف أو زواله معروفاً للعامة كما لو

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٢٦.

(٢) علي العبيدي، المرجع السابق، ص٢١٦.

باع أحد الورثة شيئاً من التركة ثم ظهر بعد ذلك من يحجب البائع، فإن الغير حسن النية لــه أن يحتج بامتلاكه العقار بالتقادم القصير أو المنقول عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ذلك أن حسن نيته استند إلى ركن مادي قوي ووجيه. وفي المقابل إذا كان الركن المادي للظاهر ليس قوياً فإن الغلط الناشئ عنه لا يكون معقولاً كما لو اغتصب الحائز حيازة العقار بالإكراه أو شاب حيازته خفاء أو كما لو كان حائز المنقول شخصاً فقيراً وكان المنقول باهظ الثمن، ففي جميــع هذه الأحوال لا يمكن أن يتولد عن الركن المادي للظاهر غلط في صفه المتصرف مما يــؤدي إلى القدح في حسن نية الغير وسلامة اعتقاده.

ولما كان الغلط يبنى على الركن المادي للظاهر، ومدى قوته أو متانته ويندرج في إطـــار البحث عن حسن نية الغير، فإنه لا يتم البحث عنه بصورة مستقلة بل في إطار حسن النية وهو من مسائل الواقع ويستقل بتقديره قاضي الموضوع.

ثالثاً: أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح:

إن جوهر حماية الحائز حسن النية هو تصحيح تصرفه الذي أجراه مع شخص غير مالك للعقار أو المنقول، ولا يتم ذلك إلاّ إذا كان هذا التصرف مما يعد سبباً صحيحاً. وقد أتى المشرع الأردني على تعريف السبب الصحيح في المادة (٢/١١٨٢) حيث نصت "والسبب الصحيح هــو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: ١- الاستيلاء على الأرض المــوات، ٢- انتقال الملك بالإرث أو الوصية، ٣- الهبة بين الإحياء بعوض أو بغير عــوض، البيــع أو الفراغ"[1]. ويعاب على هذا التعريف أنه لم يراع وجوب أن يكون الســبب الصــحيح تصــرفاً

---

(١) ويطابق هذا التعريف للسبب الصحيح التعريف الذي أورده المشرع العراقي في المادة ٣/١١٥٨ والقــانون المدني السوري في المادة ٣/٩١٨ في حين جاء تعريف المشرع المصري للسبب الصحيح مختلفاً حيــث عرفه في المادة ٣/٩٦٩ بأنه "سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الــذي يــراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون".

قانونياً، فأقحم في إطاره وقائع قانونية معتبراً إياها أسباباً صحيحة، كما هو الحال بالنسبة للميراث، فهو لا يعتبر تصرفاً قانونياً وبالتالي لا يعتبر سبباً صحيحاً[١]، فلا يكفي لتملك الوارث بالتقادم القصير أن يكون قد حاز عقاراً أو ومنقولاً معتقداً بحسن نية أنه كان مملوكاً لمورثه وأنه تلقاه عنه بالميراث بل يجب النظر في مثل هذا الفرض إلى سند المورث نفسه فإذا كان قد توفر له السبب الصحيح فحيازة الوارث تعتبر استمراراً لحيازة سلفه[٢]. كذلك فإن الاستيلاء على الأرض الموات لا يعد سبباً صحيحاً إذا لم يقترن بإذن من الحكومة[٣]، وهو بالتالي لا يعدو كونه واقعة قانونية. أما إذا اقترن الاستيلاء بإذن الحكومة أصبح بمثابة التصرف القانوني وبالتالي صلاحية اعتباره سبباً صحيحاً[٤]. كما يعاب على تعريف المشرع الأردني أنه لم يشر إلى وجوب صدور التصرف القانوني من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم القصير.

والسبب الصحيح برأي معظم الفقه، هو ذلك التصرف القانوني الصادر من غير المالك – على اعتبار أنه المالك– إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه نقل الملكية أو الحق

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤١٩. وعلي العبيدي، المرجع السابق، ص٢١٨. وقد تلافى المشرع الأردني هذه المغالطة في المذكرات الإيضاحية إذ اخرج الميراث من عداد ما يعتبر سبباً صحيحاً. انظر المذكرات الايضاحية، ج٢، ص٧٠٥.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤١٩.

(٣) المادة ١٠٨٠ مدني أردني.

(٤) يرى بعض الشراح أن الاستيلاء على الأرض الموات المقترن بإذن الحكومة لا يعد سبباً صحيحاً لتملك العقار بالتقادم القصير لأن اعتباره كذلك يتعارض مع أحكام الاستيلاء التي بموجبها يتملك الحائز الأرض بمجرد حصوله على إذن من الحكومة دون حاجة لمضي المدة، ويرون الاستيلاء الذي يمكن تصوره كسبب صحيح هو عندما يستولي شخص على أرض موات ويحصل على ترخيص من جهة غير مختصة أو إذن معيب، ففي مثل هذه الحالة يمكن اعتبار الاستيلاء المقترن بالترخيص بمثابة التصرف القانوني الذي من طبيعته نقل الملكية لو أن الترخيص صدر من جهة مختصة وعليه بإمكان هذا الشخص إذا كان حسن النية أن يحتج بالتقادم القصير في مواجهة الإدارة. انظر هذا الرأي لدى: علي العبيدي، المرجع السابق، ص٢١٨ و٢١٩ هامش رقم ١ لدى صلاح الدين الناهي، مشار إليه لدى علي العبيدي، ص٢١٩، هامش رقم ١.

العيني كما لو كان صادراً من المالك أو صاحب الحق العيني[١]. ومن خلال هذا التعريف فإن السبب الصحيح لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً، ومن قبيل التصرفات القانونية البيع والهبة والمقايضة والوصية بعقار معين، كما يعد من التصرفات القانونية التي تصلح أسباباً صحيحة الحكم برسو المزاد عندما يباع العقار جبراً على المدين، والحكم بالشفعة[٢].

ويترتب على اشتراط أن يكون السبب الصحيح تصرفاً قانونياً إخراج الوقائع المادية والقانونية من إطار الأسباب الصحيحة، كما لا تصلح الوصية لجهة شائعة من التركة سبباً صحيحاً لأنها وإن كانت في مثل هذه الحالة تعد تصرفاً قانونياً، فإنها لم تصدر إلى الموصى له (الحائز) باعتباره خلفاً خاصاً[٣].

كما يشترط في السبب الصحيح أن يكون صادراً من غير مالك والمتصرف الذي يعد مالكاً في هذا المجال هو شخص غير مالك للعقار أو المنقول ويستحيل عليه أن ينقل ملكية إلى من تصرف إليه[٤]. ويتحقق هذا الشرط إذا كان ظهور المتصرف على المال بمظهر المالك ناشئاً عن سيطرة مادية أو نتيجة لملكيته للشيء ولكنها زالت بأثر رجعي لبطلان أو فسخ.

كما يشترط أن يكون السبب الصحيح من شأنه نقل الملكية كما لو كان صادراً من مالك أهل للتصرف كالبيع والهبة والمقايضة والحكم برسو المزاد والحكم بالشفعة والوصية بعقار معين، وبخلاف ذلك لا يعد سبباً صحيحاً أي تصرف قانوني لا يكون من شأنه نقل الملكية إما

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط، ج٩، المرجع السابق، ص١٠٨٥. ومنصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤١٩. ومحمد سوار، المرجع السابق، ص٢٩٩. وعبدالمنعم الصده، المرجع السابق، ص٢٩٩.

(٢) لا يسري هذا القول على القانون المدني السوري لإلغائه الشفعة من عداد أسباب كسب الملكية.

(٣) رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص٦٦٧. ومحمد سوار، المرجع السابق، ص٦٧١.

(٤) السنهوري، المرجع السابق، ص١٠٨٦.

لطبيعته كعقد الايجار أو الوديعة وإما لكونه تصرفاً كاشفاً للحق كما هو الحال بالنسبة للقسمة[١] وعقد الصلح[٢] أو لكونه تصرفاً باطلاً أو صورياً صورية مطلقة[٣] أو تصرفاً ظنياً[٤] وإما لكونه معلقاً على شرط واقف قبل تحقق الشرط لأنه ليس من شأنه نقل الملكية ولو كان قد صدر من المالك، فإذا تحقق الشرط فيعتبر التصرف سبباً صحيحاً من وقت تحقيق الشرط. أما العقد المعلق على شرط فاسخ فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً على أن لا يتحقق الشرط قبل تمام المدة[٥]. ولا يشترط في السبب الصحيح في ظل القانون الأردني أن يكون مسجلاً لأنه يرد على حق غير مسجل أصلاً ويسري هذا الحكم بالنسبة للقانون السوري والعراقي في حين اشترط المشرع المصري صراحة وجوب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً[٦].

---

(١) فإذا تبين أن العقار الذي اختص به أحد الشركاء في القسمة لم يكن مملوكاً للشركاء المتقاسمين فلا يستطيع هذا الشريك إذا تمسك بالتقادم القصير في مواجهة المالك الحقيقي أن يستند إلى عقد القسمة باعتباره سبباً صحيحاً.. انظر تفصيل ذلك لدى السنهوري، ج٩، المرجع السابق، ص١٠٨٨. ومحمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص٤٠٧.

(٢) فلو تنازع شخصان على عقار وتصالحا على اعتباره ملكاً لأحدهما ثم تبين بعد ذلك أنه مملوك لشخص ثالث، فلا يمكن الاحتجاج على هذا الأخير بالتقادم القصير وإن تحقق حسن النية.

(٣) السنهوري، ج٩، ص١٠٩٦. ورمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٦٧٢. ومنصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٢٣.

(٤) التصرف الظني هو ذلك التصرف الذي يقوم على التوهم ولا وجود له في الواقع، كأن يعتقد حائز العقار خلافاً للحقيقة بصدور عقد بيع لصالحه من البائع، لمزيد من الايضاح انظر: عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص٣٥٤.

(٥) راجع السنهوري، الوسيط، ج٩، ص١٠٩٨.

(٦) والسبب في ذلك أن المشرع المصري أباح تملك العقارات بالتقادم القصير دون تفرقة بين العقارات المسجلة أو غير المسجلة. وقد تعرض هذا المسلك التشريعي للنقد من قبل جمهرة الفقه المصري إذ يرون أن اشتراط مثل هذا الشرط من شأنه أن يجعل اكتساب العقار بالتقادم القصير نادراً في معظم الأحيان. انظر تفصيل ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص٤٢٣.

أما عن عبء إثبات السبب الصحيح فإنه يختلف في العقار عنه في المنقول، إذ يقع عبء إثبات السبب الصحيح في التقادم القصير على الغير الحائز[١]. أما فيما يتعلق بالمنقول فلا يحتاج الحائز لإثبات السبب الصحيح، إذ تقوم الحيازة ذاتها قرينة على الملكية[٢] وبالتـالي لا يكلـف الحائز إلاّ بإثبات حيازته[٣].

المطلب الثاني

حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المشتري من المريض مرض الموت[٤]

لا يثار موضوع حماية الغير حسن النية الذي كسب حقاً عينياً نتيجة تصرف أجراه مـع خلف المريض مرض الموت إلاّ حينما يكون تصرف المريض مرض الموت غير نافذ في حق ورثته أو دائنيه. ولذلك يتعين قبل بحث شروط حماية الغير حسن النية ومضمونها، البحث فـي مفهوم مرض الموت، وبيان متى تكون تصرفاته غير نافذة في حق ورثته أو دائنيـه. ولـذلك فسوف يتم البحث في هذا الموضوع عبر فرعين، فنتناول في أولهما مفهوم مرض الموت ومتى

---

(١) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص٣٢١.

(٢) كما تقوم الحيازة قرينة على السبب الصحيح في ظل التشريعات المصري والسوري والعراقي مما يجعـل الغير غير مكلف بإثبات السبب الصحيح.

(٣) محمد وحيدالدين سوار، المرجع السابق، ص٦٧٦.

(٤) لم يتطرق المشرع العراقي إلى هذه الحماية حيث أفرد نصاً وحيداً يحكم تصرفات المريض مرض الموت، حيث نصت المادة ١١٠٩ مدني عراقي (كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مـرض المـوت مقصوداً به التبرع أو المحاباة، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى مـا بعـد المـوت وتسري عليه أحكام الوصية". ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أضفى حمايته على ورثة المريض ودائنيـه فقط فاعتبر كل تصرف صادر عن المريض على سبيل التبرع أو إذا كان منطوياً على محاباة فـي حكـم الوصية، فيرد التبرع إلى ثلث التركة، كما لا يسري التصرف ولو بعوض في حق الورثة إذا كان يتجاوز ثلث التركة فيرد إلى ثلث التركة. ولم يعالج المشرع العراقي حماية الغير حسن النية الـذي تعامـل مـع المشتري من المريض.

تكون تصرفات المريض غير نافذة في حق الورثة أو الدائنين، ونبحث في ثانيهما شروط حماية الغير حسن النية ومضمون حمايته.

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت، ومتى تكون متصرفات المريض غير نافذة في حق الورثة أو الدائنين:

أولاً: مفهوم مرض الموت[1]:

تناولت المادة (٥٤٣) مدني أردني تعريف مرض الموت بقولها "١- مرض الموت: هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه، وعلى حالة واحدة دون زيادة، سنة أو أكثر تكن تصرفاته كتصرفات الصحيح. ٢- يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً".

كما عرفته محكمة التمييز بأنه "المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحة خارج البيت وينتهي فعلاً بالوفاة، ويشترط لاعتبار المريض مرض الموت توافر ثلاث صفات هي العجز عن العمل وغلبة الموت من المرض وانتهاؤه فعلاً بالوفاة وتحديد هذه النواحي يرجع فيها

(١) على الرغم من كون مفهوم مرض الموت من صنعة الفقه الإسلامي، فإن المذاهب الفقهية تنازعت في تحديد ماهيته وشروطه، فعرّفه الحنفية بأنه المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً وذلك بأن يسبقه عجز تام. أما المالكية فعرّفوه بأنه المرض الذي يحكم أهل الطب بأنه يكثر الموت من مثله كالسل والقولنج، والمراد بالكثرة أن لا يتعجب من صدور الموت عنه. أما الشافعية فعرّفوه على أحد مذاهبهم بأنه كل مرض يُستعدّ بسببه للموت، وفي مذهب آخر كل مرض لا تطول معه حياة صاحبه. أما الحنابلة فعرّفوه بأنه المرض المخوف الذي يكون سبباً صالحاً للموت. انظر بسطاً لهذه التعريفات والتعليق عليها أنور محمود دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره بالتصرفات بصفة عامة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن جامعة الإمارات، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص٧٧ وما بعدها.

إلى تقرير الطبيب المختص وما يقره بشأن نوع المرض الذي يغلب فيه الموت وإلى ظروف كل دعوى وتقدير المحكمة"[١].

ثانياً: تصرفات المريض مرض الموت غير النافذة في حق ورثته أو دائنيه:

١- بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته:

يعتبر بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته غير نافذ بحق باقي الورثة وموقوفاً على إجازتهم أياً كانت قيمة المبيع وأياً كان الثمن[٢]. وهذا ما قررته المادة (١/٥٤٤) مدني أردني حيث نصت "بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد مرض الموت" وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز: "إن بيع المريض مرض الموت ماله لأخد ورثته أو أكثر أثناء مرض موته يعتبر وفقاً للمادة (٣٩٣) من المجلة والتي أخذ بها القانون المدني الأردني في المادة (١/٥٤٤) يعتبر بيعاً صحيحاً موقوفاً على إجازة بقية الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه فسخ"[٣].

٢- كما لا يكون بيع المريض مرض الموت لأجنبي نافذاً في حق الورثة إذا كانت قيمة المبيع تزيد على الثمن بما يتجاوز ثلث التركة، ويتعلق عدم النفاذ هنا بالجزء الزائد على ثلث التركة

---

(١) تمييز حقوق رقم ٨٢/٧٧١، مجلة نقابة المحامين، السنة الواحدة والثلاثين، ١٩٨٣، العدد الأول، ص٤٢٥.

(٢) يلاحظ أن مسلك المشرع الأردني في هذا الخصوص يختلف عن مثيليه المصري والسوري من حيث أن المشرع الأردني جعل بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته غير نافذ في حق باقي الورثة أياً كان مضمون التصرف لأنه أقام قرينة على انطواء هذا البيع على محاباة لأحد الورثة، في حين أن المشرع المصري وكذلك السوري اشترطا لعدم نفاذ بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته ألاّ يكون البيع منطوياً على محاباة تتجاوز ثلث التركة حيث نصت المادة ٤٧٧ مدني مصري المطابقة للمادة ٤٤٥ مدني سوري على أنه "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة البيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة.

(٣) تمييز حقوق قم ٨٦/٤٦٣، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩، ص١٩٦٨.

حيث تنص المادة (٢/٥٤٥) "أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة، فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع والا كان للورثة فسخ البيع"[1].

وقد اعتد المشرع الأردني بقيمة المبيع وقت الموت، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٤٥) "بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذاً في حق الورثة..." ولذلك فإن القيمة التي يجب حساب ما يجوز الإيصاء به منها هي القيمة التي تتقرر وقت تعلق حق الورثة بها وهي لحظة الوفاة.

ومما هو جدير بالذكر أن الأحكام السابقة والمتعلقة ببيع المريض مرض الموت سواءً لأحد ورثته أو لأجنبي لا بد أن تفهم فيما يتعلق بنفاذها في حق الورثة بدلالة المادة (١١٢٨) من القانون المدني، والمتعلقة بالتصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت مقصوداً بها التبرع، حيث تأخذ هذه التصرفات حكم الوصية فيتوقف نفاذها على إجازة بقية الورثة إذا كان التصرف صادراً لأحد الورثة[2]، وترد إلى الثلث إذا كانت صادرة لأجنبي. وتنص هذه المادة على أن "١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له. ٢- وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلاّ إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً. ٣- فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف

---

(١) هذا المسلك يطابق مسلك المشرع المصري والمشرع السوري، راجع المادتين ٤٤٧ مدني مصري و٤٤٥ مدني سوري.

(٢) يختلف الحكم في القانونين المصري والعراقي اللذان أجازا الوصية للوارث بما لا يتجاوز ثلث التركة، وعليه فإن الوصية لوارث إذا لم تتجاوز ثلث التركة تعد نافذة في حق باقي الورثة. راجع المادتين ٣٧ من قانون الوصية المصري و١١٠٨ مدني عراقي.

صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف غير ذلك أو وجدت أحكام خاصة تخالفه"[1].

١- بيع المريض الأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، فيعتبر بيع المريض مرض الموت لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير إذا كانت التركة مستغرقة بالديون بيعاً موقوف النفاذ على إجازة الدائنين، حيث نصت على ذلك المادة (٥٤٦) مدني أردني "لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع"[2].

---

(١) تقابل المواد ٩١٦ مدني مصري و٨٧٧ مدني سوري و١١٠٩ مدني عراقي. وظاهر أن هذه المادة تقيم قرينة قانونية بسيطة مفادها أن كل تصرف صادر عن شخص في مرض الموت يعد تصرفاً مقصوداً به التبرع، ولذلك فإن الورثة لا يكلفون إلاّ بإثبات صدور التصرف في مرض الموت، ويكون لمن صدر له التصرف أن يثبت عكس هذه القرينة، وذلك بأن يثبت بأن التصرف لم يكن مقصوداً به التبرع. وفي ذلك تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (... ولكن يجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان بمقابل، فإن أثبت ذلك، كان القدر المحابى به هو الذي يأخذ حكم الوصية)، راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج٢، ص٦٨٦.

(٢) ويلاحظ أن المشرع الأردني قد انفرد على المشرعين المصري والسوري في إفراد نص خاص لحماية الدائنين من آثار تصرفات المريض مرض الموت، حيث جعل تصرفاته الواقعة في فترة المرض غير نافذة بحقهم إذا كانت بأقل من ثمن المثل ولو بغبن يسير متى كانت التركة مستغرقة بالديون، فيجوز لهم فسخ العقد إذا لم يبادر المشتري إلى دفع ثمن المثل، في حين لم يفرد المشرعان المصري والسوري نص مماثل والسبب في ذلك أن كل من المشرع المصري والسوري اكتفى بالدعوى التي يقيمها الدائن لمنع نفاذ تصرف مدينه وهي ما تعرف بالدعوى البوليصية. انظر تفصيل ذلك لدى السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

الفرع الثاني

شروط الحماية

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت، سواء كان وارثاً أم أجنبياً بالتصرف بالمبيع الذي انتقل إليه من المريض مرض الموت إلى الغير على الرغم من كون تصرف المريض مرض الموت له غير نافذ بحق باقي الورثة أو الدائنين بحسب الأحوال.

فإذا لم يكن الورثة أو الدائنين قد أجازوا بيع مورثهم أو مدينهم المريض مرض الموت، فما هو مصير التصرف الذي أجراه المشتري من المريض مرض الموت مع الغير واكتسب بمقتضاه هذا الأخير حقاً عينياً على المبيع؟

لقد أجابت على ذلك المادة (١/٥٤٧) مدني أردني حيث نصت "لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض"[1].

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرع الأردني قد قرر حماية الغير حسن النية، بأن اعتبر التصرف الذي كسب الغير بمقتضاه حقاً عينياً على المبيع، صحيحاً ومنتجاً لآثاره في مواجهة الورثة أو الدائنين، والذين يحق لهم -بحسب الأصل- أن يحتجوا بعدم نفاذ تصرف المشتري من المريض مرض الموت بالمبيع في حقهم لأن بيع المريض مرض الموت ذاته غير نافذ في حقهم.

ولما كانت هذه الحالة من حالات حماية الغير حسن النية، تطبيقاً لفكرة الظاهر، فيتعين لأجل إسباغ الحماية على الغير توافر ركنا الظاهر المادي والمعنوي فضلاً عن أن يكون الحق

---

(١) تقابل المادتين ٤٧٨ مدني مصري و٤٤٦ مدني سوري.

العيني الذي اكتسبه الغير على البيع ناشئاً عن عقد معاوضة.

وسوف نعرض لهذه الشروط تباعاً:

أولاً: توافر الركن المادي للظاهر:

ويتمثل الركن المادي للظاهر في هذه الحالة بظهور الخلف الخاص للمريض مرض الموت بمظهر المالك على المال على الرغم من عدم نفاذ تصرفه مع المريض في مواجهة الورثة أو الدائنين ذلك أن المشتري من المريض مرض الموت، إذا كان التصرف الذي أجراه مع المريض مما يتوقف على الإجازة فإنه -أي المشتري- لا يعد مالكاً للمال كله إذا كان البيع لأحد الورثة أو للجزء الذي تقرر عدم نفاذ التصرف فيه إذا كان البيع لأجنبي، وقد يتبادر إلى الذهن أن العقد وإن كان موقوفاً فإنه صحيح بين طرفيه، وبالتالي يثور التساؤل حول اعتبارنا للمشتري من المريض مرض الموت مالكاً ظاهراً للمال أو للجزء الذي تقرر عدم نفاذ التصرف فيه، وأن ظهوره بمظهر المالك يؤلف الركن المادي للظاهر.

للإجابة على هذا التساؤل نقول إن بيع المريض مرض الموت وإن كان صحيحاً بين طرفيه وهما المريض والمشتري فإنه يعد غير نافذ في حق طائفتين هما الورثة أو الدائنين بحسب الأحوال المشار إليها سابقاً وعدم النفاذ هذا مقرر بحكم القانون، وأن نفاذ هذا التصرف بحقهم متوقف على إجازتهم، فإن لم يجيزوا التصرف اعتبر كأن لم يكن، وهو ما يعني أن ملكية المشتري من المريض مرض الموت وإن كانت صحيحة ومعتبرة بحسب الأصل باعتبارها ناشئة عن عقد صحيح، فإنها لا تعد كذلك بالنسبة للورثة أو الدائنين، إذ أنهم يملكون حق فسخ البيع الصادر من المريض مرض الموت وهو ما يؤدي إلى زوال ملكية المشتري للمال كله أو

للجزء الذي تقرر عدم النفاذ فيه بأثر رجعي[١]. ولما كان الأمر كذلك فإن المشتري وقبل إجازة تصرفه ممن يملك حق إجازتها لا يسوغ له التصرف بالمبيع، لأن ملكية المبيع لم تثبت له، ذلك أن ثبوتها يحتاج إلى إجازة الورثة أو أن يبادر إلى تكملة الفرق بين ثمن المبيع وقيمته بما يجعله في حدود ثلث التركة، فإذا لم يجز الورثة تصرف مورثهم المريض مرض الموت أو لم يبادر المشتري إلى تكملة الفرق بين الثمن وقيمة المبيع كان للورثة أو الدائنين فسخ تصرف مورثهم المريض ونزع المبيع من يد المشتري وأيلولته للورثة أو الدائنين. ومن هنا جاء قولنا أن المشتري من المريض مرض الموت لا يعد مالكاً للمبيع، فإذا ما قام بالتصرف بالمبيع إلى مشترٍ آخر، كان للورثة أو الدائنين حق استرداد المبيع مستندين في ذلك إلى حقهم في فسخ عقد البيع الأصلي. وهذا الحق يستنتج من مفهوم المخالفة للمادة (٥٤٧) مدني والتي تنص "لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض" فالاستثناء يتعلق بمن كان حسن النية، وحسن النية مناطه الاعتقاد بملكية البائع (المشتري من المريض) للمبيع كاملاً.

ولا يتحقق الاعتقاد لدى الغير إلاّ إذا كان المشتري من المريض مرض الموت قد باشر سلطات المالك على المال بما فيها حق التصرف فيه، في حين أنه لا يملك هذا الحق، إذا ما روعي حق الورثة والدائنين في فسخ البيع، وهو ما يعني في الخلاصة أن ملكيته للمبيع قبل إجازة البيع تعد ملكية ظاهرة[٢].

---

(١) انظر فتحية قرة، المرجع السابق، ص٤٤.

(٢) مما يعزز هذا الرأي ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية من أن حق الورثة على أموال مورثهم وقت مرض الموت، هو حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ورتبوا على ذلك أن المطلقة طلاقاً بائناً دون رضاها في مرض الموت، إذا مات مطلقها وهي في العدة، فإنها ترث. انظر هذا الرأي لفقهاء الحنفية لدى: أنور دبور، المرجع السابق، ص٩١.

وتوفر الركن المادي للظاهر بالمعنى المتقدم واستقراره يكون في معظم الأحيان ناشئاً عن خطأ الورثة أو الدائنين المتمثل في تقصيرهم وإهمالهم في متابعة تصرفات مورثهم أو مدينهم في فترة المرض، كما يثبت هذا الخطأ بحقهم بعد وفاة المورث وهو الوقت الذي يثبت لهم فيه حق إجازة التصرف من عدمه، حيث تتجسد مسؤوليتهم في نشوء الركن المادي للظاهر – المتمثل في ظهور المشتري من المريض بمظهر مالك المبيع– بعدم مبادرتهم إلى التحقق من وضع أعيان التركة وأموالها وسكوتهم عن ذلك يقيم مسؤوليتهم في نشوء الركن المادي للظاهر خاصة وأنهم يعلمون أن مرض مورثهم أو مدينهم هو مرض موت واستمر لسنة فأكثر وأن هذه الفترة قد يستغلها المريض لإبرام تصرفات من شأنها الإضرار بهم ولا يحتج على هذا التصور لخطأ الورثة أو الدائنين بالقول إنه فترة غير قصيرة قد تمضي بين وفاة المتصرف وظهور عدم نفاذ المبيع في حق الورثة أو الدائنين مما يمكن المشتري من المريض بالتصرف بالمبيع إلى الغير[١]. فالقول السابق لا ينفي الخطأ في جانب الورثة أو الدائنين لأن مجرد علمهم بمرض مورثهم أو مدينهم واستمرار مرضه لمدة سنة فأكثر من شأنه أن يجعلهم أكثر يقظة وتربصاً في متابعة تصرفاته حتى إذا جاءته الوفاة بادروا إلى منازعة المشتري في ملكية المبيع.

وهذا الخطأ في جانب ورثة المريض أو دائنيه هو من قبيل ما عدته محكمة النقض المصرية خطئاً سلبياً يتمثل في ترك الأصيل الركن المادي للظاهر يتحقق دون أن يبادر إلى فضحه أو كشفه.

كما لا يمكن تصور انتفاء جانب الخطأ في حق الورثة أو الدائنين إذا تحقق حسن النية لدى الغير بصورة كاملة، ذلك أن حسن النية لدى الغير كما سيتضح عند دراسة الركن المعنوي للظاهر يقتضي انتفاء علمه بحقيقة وضع المتصرف بالمبيع وبحق الورثة أو الدائنين في فسخ

---

(١) سليمان مرقص، عقد البيع، المرجع السابق، ص٧٨٩.

البيع وبمرض المتصرف للمشتري مرض الموت وقت التصرف. وترتيباً على ذلك فإن الورثة أو الدائنين الذين لم يبادروا للقيام بأي عمل أو إجراء من شأنه أن يقدح في حسن نية الغير، لا يمكن انتفاء الخطأ في جانبهم فلا يكونوا بعد ذلك جديرين بترجيح مركزهم على مركز الغير حسن النية[1].

ثانياً: تحقق الركن المعنوي للظاهر:

ويتمثل الركن المعنوي للظاهر بأن يكون الغير حسن النية، ومقتضاه انتفاء علمه الحقيقي أو الحكمي وقت تعامله مع المشتري من المريض مرض الموت، ما يهدد حقه بالزوال[2]، بأن يكون وقت الشراء معتقداً اعتقاداً خالصاً جازماً بأن العين التي اشتراها أو كسب عليها حقاً عينياً ملكاً خالصاً للبائع[3]. والوقت المعتد به لتوافر حسن النية هو وقت إبرام عقد البيع مع المشتري من المريض مرض الموت، ويترتب على ذلك أن تحقق علمه بعد البيع، بأن العين المبيعة ليست ملكاً خالصاً للبائع أو بمرض البائع الأصلي مرض الموت، أو بنقص الثمن عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة لا يقدح في حسن نيته، ويتعذر بالتالي سريان حكم فسخ البيع الأصلي على الغير حسن النية.

وقد أخذت محكمة التمييز بمفهوم حسن النية على النحو المتقدم حيث جاء في حيثيات حكم لها وحيث أن محكمة الموضوع قد توصلت إلى أن المشترين الآخرين بما فيهم شقيق المميزة (المدعى عليها) قد اشتروا قطع أراضيهم هذه بحسن نية وعللت حكمها في هذا الخصوص تعليلاً

---

(١) لم ينتقص المشرع المدني من حقوق الورثة والدائنين فأجاز لهم الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع، المادة ٢/٥٤٧ مدني أردني.

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٧٨٩.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٤، المرجع السابق، ص٣٣٤.

لا مأخذ لمحكمتنا عليه ..."[1]. وكانت المحكمة الموضوع قد اعتبرت أن جهل المشترين بمرض البائع الأصلي مرض الموت كافياً لتحقق حسن النية في جانب المشترين وقد أقرتها في ذلك محكمة التمييز بالحكم المشار إليه.

وحسن النية لدى الغير لا بد أن يكون ناشئاً عن غلط عام معقول في صفة المتصرف بالمبيع على نحو يعتقد معه خلافاً للحقيقة بملكية هذا الشخص للمبيع أو للجزء الذي تقرر عدم النفاذ فيه، مما يدفع الغير تحت تأثير هذا الاعتقاد الخاطئ إلى التعامل معه، وفي مثل هذه الحالة فإن نشوء الغلط في صفة المتصرف بالمبيع للغير هو أمر متصور إلى حد كبير، لأن من يتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت يطمئن إلى ملكيته للمبيع، لأنها ملكية ناشئة عن عقد صحيح وهو ما يعطي الغلط في صفته قوة إضافية نظراً لوجاهة وقوة الركن المادي للظاهر.

ثالثاً: أن يكون الحق المكتسب حقاً عينياً بعوض:

فيجب أولاً أن يكون الحق المكتسب عينياً، كما لو كان حق ملكية أو انتفاع أو ارتفاق أو رهناً تأمينياً أو حيازياً كما يجب أن يكون اكتساب الغير للحق العيني لقاء عوض وبصورة فعلية، فإذا كان المبيع عقاراً وجب أن يتم تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري[2].

---

(١) تمييز حقوق ٨٢/٨٧١ مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٨٢، الجزء الأول، العددان الأول والثاني، ص١٨٦.

(٢) محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية، بنغازي، ص٣٩٠.

الفصل الرابـع

أحكام المظاهر الأخرى للحماية

الفصل الرابع

أحكام المظاهر الأخرى للحماية

تمهيد وتقسيم:

إلى جانب مظاهر الحماية المستندة إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، تقف مظـاهر أخـرى للحماية تتمثل بحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية كما نصت على ذلك المادة (٣٦٨) من القانون المدني، والحماية المقررة للغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني والمتمثلة في حماية من اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة، سواء خضعت للتصفية أم لم تخضع، وحمايـة من اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

ويقتضي البحث في أحكام هذين المظهرين تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين بحيـث يتنـاول الأول أحكام الحماية في نطاق الصورية، في حين يتناول الثاني أحكام حماية الغير المستند إلـى مركز قانوني.

المبحث الأول

أحكام حماية الغير حسن النية في نطاق الصورية

الصورية هي اصطناع مظهر مخالف للحقيقة لإخفاء وضع قانوني حقيقي يبقى مستتراً بين أطرافه، من شأنه إعدام أو تعديل آثار المظهر المخالف للحقيقة[1]، وتعد حماية الغير حسن النية في إطار الصورية من أظهر مظاهر الحماية وأكثرها وقوعاً في الحياة العملية بسبب كثرة اللجوء إلى التصرفات الصورية.

وتقتضي دراسة حماية الغير حسن النية من آثار التصرف من الصورية الوقوف على من يعد غيراً في الصورية باعتباره موضوع الحماية في مطلب أول ثم بيان شروط حماية الغير في مطلب ثان ثم تحديد مضمون الحماية في مطلب ثالث، وسوف نعرض لهذه المطالب تباعاً.

المطلب الأول

مفهوم الغير في الصورية

إن البحث في مفهوم الغير بالنسبة لأثر الصورية يتطلب بيان فيما إذن كان مفهوم الغير بالنسبة لأثر الصورية يقتصر على الفئات التي حددتها القوانين المدنية والمتمثلة بالدائنين والخلفاء الخاصين أم يتسع ليشمل أشخاصاً ليسوا بدائنين أو خلفاء خاصين؟ إن الإجابة على هذا

---

(١) أنظر في تعريف الصورية وأنواعها كل من: أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧، ص٦٢-٦٦. ومحمد الزعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، مرجع سابق، ص١٨١. ومحمد وحيدالين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص٣٨٥-٣٨٧. ومنذر الفضل، المرجع السابق، ص١١٩-١٢٢. ورمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٣-٢١٥. وعبدالقادر الفار، شرح القانون المدني الأردني، ج٢، أحكام الالتزام، ط. ١٩٩٧، ص٨٤. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص١٦٩ وما بعدها. وعبدالرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص١٠٧٤ وما بعدها.

التساؤل ليست سهلة، غير أن ما هو مفهوم بصورة قاطعة أن هناك فئات تعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية بصورة يقينية دون خلاف في ذلك وهي الفئات التي حددتها المدونات المدنية بالدائنين والخلفاء الخاصين، وهناك فئات لم يحسم أمر اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية حيث اختلفت في شأنها الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، ومن الطبيعي أن يكون خارج هذا الإطار أشخاص أو فئات لا يمكن اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية. وسوف نبحث في مفهوم الغير في الصورية في الفرعين التاليين:

الفرع الأول
الفئات المتيقن من اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية

وهم الدائنون العاديون والخلفاء الخاصون للمتعاقدين، وقد اتحدت التشريعات المدنية في هذا التحديد[1]، فنصت المادة (٣٦٨) مدني أردني "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم" واعتبار هاتين الطائفتين غيراً في الصورة بصورة يقينية يقوم على فكرة استقرار المعاملات القانونية بوجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى تعامله عليه[2].

وسنوضح هاتين الطائفتين عبر البندين التاليين:

أولاً: الدائنون العاديون لأطراف الصورية:

فيعد غيراً في الصورية الدائن الشخصي لكل من المتعاقدين فلو كان العقد الصوري عقد بيع مثلاً، فإن دائن البائع ودائن المشتري يعدان من الغير، وهذه الصفة تخول الدائن حق الطعن

---

(١) المواد ٢٤٤ مدني مصري و٢٤٥ مدني سوري و١٤٧ مدني عراقي.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص٧٨٨. وعبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، ج١، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٨، ص٨٠٧.

بتصرفات مدينة لأنه يغلب أن يكون تصرف المدين الصوري بقصد إنقاص الضمان العام للدائنين وفي الوجهة المقابلة فإن هذه الصفة تعطي الدائن الحق في التمسك بالتصرف الصوري إذا كان من شأن هذا التصرف زيادة الضمان العام لمدينه. وتثبت صفة الغير للدائن العادي سواء أكان دينه مستحق الأداء أم غير مستحق الأداء[١] لأن عدم استحقاق الدين لا يحول دون شمول الدائن بالحماية من آثار التصرف الصوري، بيد أن حق الدائن يشترط فيه أن يكون خالياً من النزاع[٢]، بأن يكون ثابتاً في ذمة المدين[٣]. كما يعد الدائن العادي غيراً بالنسبة لأثر الصورية سواء كان حقه قد نشأ بتاريخ سابق للتصرف الصوري أو بتاريخ لاحق له[٤] لأن نص المادة (٣٦٨) جاء عاماً لجميع الدائنين، فضلاً عن أن هذا النص ورد في باب المحافظة على الضمان العام للدائنين، مما يعني عدم التفرقة بين دائن وآخر في الحماية من تصرفات المدين الضارة

---

(١) أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٦٩. وعبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية، ج١، المرجع السابق، ص٨٠٧. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٣٨.

(٢) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٣٨. ود. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٦٩. ورمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٥.

(٣) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٥.

(٤) في هذا الخصوص اختلف الشراح فيمن يعد غيراً من طائفة الدائنين العاديين بالنسبة لأثر الصورية، فيرى السنهوري أن الدائن العادي المعتبر غيراً بالنسبة لأثر الصورية هو الذي نشأ حقه بتاريخ لاحق للتصرف الصوري، ويؤسس السنهوري رأيه هذا على ما يراه من أن أساس حماية الغير حسن النية في إطار الصورية يتمثل بنظرية الأوضاع الظاهرة وبالتالي فإن الدائن الذي ينخدع بالظاهر هو الذي نشأ حقه بتاريخ لاحق للتصرف الصوري. انظر السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص٧٨٨-٧٨٩. في حين يرى غالبية الشراح أن الدائن العادي يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية سواء كان حقاً سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً له ومع أن معظمهم يميل لتأسيس حماية الغير حسن النية في إطار الصورية على نظرية الأوضاع الظاهرة فإنهم لم يقدموا تبريراً لحماية الدائن العادي الذي نشأ حقه قبل التصرف الصوري إذ يستحيل في هذه الحالة القول بانخداعه من الظاهر. وبعض الشراح كالدكتور مأمون الكزبري يرى بأن الدائن العادي سواء كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً له فإن يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية ويبرر رأيه هذا بالقول إن أساس الحماية هو العقوبة الخاصة التي توقع على المتعاقدين. انظر مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص ٧٢. وما تقدم يوضح تنافر الاتجاهات الفقهية في وضع=

بمصالحهم. وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية، حيث استقر اجتهادها على أن "الدائن الشخصي للمتصرف الصوري يعتبر من الغير في الصورية، ولا يشترط لقبول طعنه في الصورية أن يكون حقه لاحقاً للتصرف الصوري بل يصلح أن يكون سابقاً على هذا التصرف"[١].

ويفقد الدائن العادي صفته غيراً بالنسبة لأثر الصورية إذا أقام دعوى غير مباشرة باسم مدينه، إذ يجوز لمن أقيمت عليه الدعوى غير المباشرة أن يحتج في مواجهة الدائن بالعقد المستتر[٢]، إذ يسري في مواجهة الدائن في هذه الحالة ما يسري بمواجهة مدينه طالما أنه يباشر الحقوق العائدة له.

ثانياً: الخلف الخاص لطرفي الصورية:

الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء[٣]، فالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة بالذات يعد كل منهم خلفاً خاصاً للبائع والواهب والموصي في شيء معين، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة. وقد يكون الاستخلاف في حق عيني على الشيء، فصاحب الانتفاع خلف خاص لمن تلقى عنه هذا الحق، والدائن المرتهن خلف خاص للراهن في حق عيني واقع على عين معينة، كما يعد خلفاً خاصاً

=أساس قانوني لحماية الغير في إطار الصورية ويقطع بصحة ما ذهبنا إليه من أن الصورية تكفي بذاتها أساساً لحماية الغير حسن النية، إذ أنها تقدم التبرير الكافي لحماية كل من تأثر بالتصرف الصوري.

(١) نقض مدني مصري رقم ١٥٨ تاريخ ١٩٦٥/١٢/٩ مشار إليه لدى رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٥ ونقض مدني مصري رقم ٩١٥ تاريخ ١٩٧٨/٣/٣٠، مشار إليه لدى عبدالحكيم فوده، الموسوعة الماسية، المرجع السابق، ص٨٠٨.

(٢) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٤٠.

(٣) انور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٦٢١.

من يخلف سلفه في حق شخصي، كالمحال له، فهو خلف خاص للمحيل في الحق المحال به[١].

ويعد خلفاً خاصاً وبالتالي يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية خلف الخلف الخاص[٢]، فإذا أبرم بيع صوري بين شخصين ثم قام المشتري منهما ببيع العقار إلى شخص آخر، فإن هذا الأخير يعد خلفاً خاصاً للخلف ويجوز له التمسك بالعقد الصوري حتى تخلص له ملكية البيع. وكما هو الحال بالنسبة للدائنين العاديين فإن صفة الغيرية تعطي الخلف الخاص الحق في الطعن بالتصرفات الصورية الصادرة عن سلفه إذا كانت مضرة بمصلحته، ومثال ذلك إذا تصرف شخص في عقار له مرتين بالبيع وكان التصرف الأول صورياً، فإن للمشتري الثاني بصفته غيراً الطعن بصورية هذا التصرف ولو كان مسجلاً حتى يتمكن من تسجيل عقده ولا يحول دون ذلك أن يكون تاريخ العقد لاحقاً لتاريخ العقد الأول الصوري[٣]، وفي المقابل فإن صفة الغيرية ذاتها تعطي للخلف الخاص الحق في التمسك بالتصرف الصوري إذا كان محققاً لمصلحته، فالدائن المرتهن باعتباره غيراً يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري الذي انتقلت بموجبه ملكية العقار لمدينه الراهن حتى يخلص له حق الرهن[٤].

ويعد الخلف الخاص من الغير بالنسبة لأثر الصورية سواء كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أم لاحقاً له، ففي الحالتين يجوز له الطعن بصورية تصرف سلفه أو التمسك به على النحو الذي تتحقق معه مصلحته[٥].

---

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٤١ هامش رقم (١).

(٢) صبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩٢.

(٣) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٤.

(٤) صبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩١.

(٥) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١٠٨٩. ومنذر الفضل، المرجع السابق، ص١٢٢. وعبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية، المرجع السابق، ص٨٠٨. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٦٩.

ويرى بعض الشراح أن صفة الغير بالنسبة لأثر الصورية تقتصر على الخلف الخاص الذي اكتسب حقه على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ لاحق لهذا التصرف وأوردوا في تأييد هذا الرأي حججاً شتى، منها أن الخلف الخاص الذي اكتسب حقاً على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ سابق على التصرف الصوري ليس في حاجة للحماية المقررة في القانون، لأن حقه تحميه قواعد التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية وقواعد القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية وقاعدة الحيازة بالنسبة للمنقول(١).

كما احتج البعض الآخر بالقول أن الخلف الخاص الذي اكتسب حقاً على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ سابق على هذا التصرف لم ينخدع بالوضع الظاهر غير الحقيقي الذي اصطنعه أطراف التصرف الصوري(٢).

وفي الرد على الحجة الأولى نقول إنه وإن كان صحيحاً أن التسجيل من شأنه حماية الخلف الخاص الذي اكتسب حقه على المال قبل التصرف الصوري فإن ذلك لا يلغي أية مصلحة لهذا الخلف للطعن بصورية تصرف سلفه اللاحق لثبوت حقه المسجل، فمثلاً من مصلحة الدائن المرتهن أن يطعن بصورية تصرف سلفه الذي نقل بموجبه ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر، ومصلحته تتمثل في أن يكفي نفسه مؤونة الدخول في إجراءات نزع الملكية في مواجهة الحائز للعقار. أما بالنسبة لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز فإنها لا تكفي لحماية الخلف الخاص الذي ثبت حقه بتاريخ سابق على التصرف الصوري، لأنه ليس من

---

(١) هذا الرأي قال به أحمد رفعت خفاجي في مؤلفه الصورية في التصرف القانوني، والمشار إليه لدى الباحث جوني مرزوقه في رسالته المشار إليها سابقاً، ص١٩٩.

(٢) ما ذهب إليه مجدي حسين في رسالته للدكتوراه الموسومة بالصورية المشار إليها لدى الباحث جوني مرزوقه، المرجع السابق، ص١٩٩. وفي ذات الاتجاه الفقيه الفرنسي فلافيان والمشار إليه في مؤلف الدكتور سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٤٢ هامش رقم (٢).

الضروري أن يكون هذا المنقول في حيازته. وبالنسبة للحجة الثانية فهي تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة وذلك لقصر صفة الغيرية على الخلف الخاص الذي ثبت حقه بتاريخ لاحق على التصرف الصوري بحجة أنه انخدع بالظاهر المصطنع. وزيادة على ما ذكرناه في الرد على الحجة الأولى فإن نظرية الأوضاع الظاهرة لا تصلح أساساً لحماية الغير حسن النية من آثار الصورية لأنها لا تقدم التبرير المناسب للعديد من الأمور المتعلقة بالحماية[١]، فضلاً عن أن الخلف الخاص الذي اكتسب حقه بتاريخ سابق على التصرف الصوري لا تنعدم لديه المصلحة في الطعن بتصرفات سلفه ولذلك يبدو غريباً وغير مقبول حرمانه من الطعن بتصرفات سلفه بحجة أنه لم ينخدع بالتصرف الصوري، كما أن التذرع بهذه الحجة لنزع صفة الغير عن الخلف الخاص السابق في ثبوت حقه على تاريخ التصرف الصوري من شأنه إفساح المجال لإبراء التصرفات الصورية.

ولا ينزع عن الخلف الخاص صفة الغيرية بالنسبة لأثر الصورية خلافته سلفه في حق شخصي، فيعد المحال له غيراً بالنسبة لتصرف سلفه (المحيل) الصوري والذي أكسبه حقاً على الشيء محل التصرف الصوري، فيجوز للمحال له باعتباره غيراً أن يتمسك بالتصرف الصوري حتى يستوفي دينه من الشيء محل التصرف الصوري، وفي المقابل لا يجوز للمحال عليه أن يحتج في مواجهة المحال له بصورية العقد، وأن العقد الحقيقي يبقي على الشيء محل التصرف في ملكيته[٢].

---

(١) انظر آنفاً، عرضنا لمدى صلاحية نظرية الأوضاع الظاهرة كأساس قانوني لحماية الغير في الصورية، ص ١٠٦-١٠٨.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١٠٩.

الفرع الثاني

الفئات الغير متيقن من اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية

لا يقتصر أثر الصورية على الإضرار بحقوق الدائنين والخلفاء الخاصين لأطراف الصورية فحسب وإنما يتعداهم ليشمل فئات أخرى قد تتأثر حقوقها ومراكزها بآثار التصرف الصورية، وهذه الفئات تنحصر في الشفيع بالنسبة لعقد بيع العقار الصوري والمنتفع في عقد الاشتراط الصوري. فهذه الفئات مختلف بشأن اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية، ومنشأ هذا الاختلاف هو اقتصار التشريعات المدنية في تحديد الغير بالنسبة لأثر الصورية على الدائنين العاديين والخلفاء الخاصين. ويتطلب بيان فيما إذا كانت هذه الفئات تعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية أم لا الوقوف على كل فئة على حدة فنعرض أولاً للشفيع فيما نبحث ثانياً للمنتفع من عقد الاشتراط الصوري.

أولاً: الشفيع[١]:

قد يعمد المتعاقدان إلى إبرام عقد صوري، فيذكران فيه ثمناً أقل من الثمن الحقيقي بغية دفع رسوم تسجيل أقل أو أن يذكرا فيه ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي بغية حرمان الشفيع من تملك العقار المبيع بالشفعة أو أن يخفيا عقد الهبة الحقيقي بعقد بيع صوري لحرمان الشفيع أيضاً من تملك العقار أو أن يخفيا عقد الهبة الحقيقي بعقد بيع صوري. ففي جميع هذه الأحوال فإن للشفيع المصلحة في التمسك بأي من العقدين، ولا يستطيع الغير أن يتمسك بأي من العقدين أيهما محققاً

---

(١) لا حاجة لبحث هذا الموضوع في نطاق القانون السوري لإلغائه حق الشفعة من إطار المعاملات المدنية.

لمصلحة إلاّ إذا كان من طائفة الغير بالنسبة لأثر الصورية، وقد انقسم الفقه في ذلك في اتجاهين:

١- اتجاه أول يرى أن الشفيع لا يعد من الغير بالنسبة لأثر الصورية[١]. ويبرر هذا الاتجاه رأيه بأن الغير في الصورية يقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص وذلك لأنهم هم الذين اعتمدوا على العقد الصوري واطمأنوا إليه معتقدين بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنوا تعاملهم عليه، كما أن الشفيع ليس أجنبياً عن الصورية على اعتبار أنه قد استمد حقه من البيع الصوري، بالتالي لا يتصور حمايته من تصرف كان مصدر الحق الذي يدعيه[٢]، ذلك أن الشفعة سبب يدخل في نفس البيع، الذي ذكر فيه الثمن الصوري فيكون كسب حقه بموجب العقد الصوري فلا يعتبر غيراً عن هذا العقد، ويرتب هذا الاتجاه على هذا الرأي نتيجة مفادها أن الشفيع يسري بحقه دائماً العقد الحقيقي بين المتعاقدين فلا يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري وإنما يجوز له الطعن بصوريته حتى يستبعد سريانه في حقه، وإذا كانت شروط البيع في العقد الصوري أفضل من شروط البيع الحقيقي فلو أن العقد الصوري عقد هبة يخفي عقد البيع الحقيقي بغية حرمان الشفيع من تملك العقار بالشفعة، فإن الشفيع لا يجوز له أن يتمسك بأي من العقدين أيهما محققاً لمصلحته وإنما له في هذه

---

(١) من أنصار هذا الرأي عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١٠٩٢ وما يليها. ومحمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٨٢-٨٣.

(٢) في هذا الخصوص يقول الأستاذ السنهوري "لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف نفسه فلو اشترى شخصاً داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً ولا يحق له التمسك بالثمن المذكور بالعقد للأخذ بالشفعة بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبته أي من البائع والمشتري، ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد" السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١٠٩٢.

الحالة أن يطعن بصورية عقد الهبة، كما لا يستطيع الشفيع وفقاً لهذا الاتجاه أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كان الثمن المسمى فيه أقل من الثمن الحقيقي، بل يسري العقد الحقيقي وما يتضمنه من ثمن.

٢- اتجاه ثانٍ ويرى أن الشفيع يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية[1] فيرى هذا الاتجاه أن الغير في الصورية لا يقتصر على الدائنين والخلف الخاص للمتعاقدين وإنما يشمل كل من لم يكن طرفاً في الصورية وله حقوق تأثرت بها سلباً أم إيجاباً. ويضيف أنصار هذا الرأي إلى أن اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة لأثر الصورية لا يخالف منطق الغيرية كما حدده أنصار الاتجاه الأول، لأن منطق الغيرية في الصورية يقوم على مبدأ استقرار التعامل الذي يقضي بحماية كل من كسب حقاً بموجب التصرف الصوري بأن يكون له الحق بالتمسك به لا فرق في ذلك بين دائن أو خلف خاص أو شفيع أو غيره[2].

ويترتب على هذا الرأي أن يكون من حق الشفيع بوصفه غيراً أن يتمسك بالعقد الصوري إن كان محققاً لمصلحته، فيجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد ولو كان ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقي كما أن له أن يشفع في البيع الصوري ولو كان في حقيقته هبة مستترة. وفي المقابل يجوز للشفيع أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذا كان محققاً لمصلحته فيجوز له تبعاً لذلك أن يشفع بالمبيع بالثمن الوارد في العقد الحقيقي إذا كان أقل من الثمن المسمى في العقد الصوري.

---

(١) يمثل هذا الاتجاه سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام العامة، ١٩٩٢، ص٦٨٨. وإسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام،= =القاهرة، ١٩٧٦، ص٢٣٧. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٧٠. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٥١. منذر الفضل، المرجع السابق، ص١٢٢. وصبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩٨.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص١٩٨.

ونرى أن هذا الاتجاه هو الأكثر انسجاماً مع مفهوم الغيرية بالنسبة لأثر الصورية حيث يجب أن يتحدد الغير بكل شخص لم يكن طرفاً في الصورية أو ممثلاً فيها أو خلفاً عاماً لأحد أطرافها وله حقوق تأثرت سلباً أو إيجاباً بالتصرف الصوري فيكون من مصلحته التمسك بالتصرف الصوري أو الطعن به.

كما يبرر هذا الاتجاه أن الشفيع من الناحية العملية أحوج ما يكون للحماية من آثار الصورية، لأن الكثير من التصرفات الصورية الواردة على عقار غالباً ما تهدف إلى الحيلولة دون تملك الشفيع للعقار المبيع كأن يخفي المتعاقدان عقد البيع الحقيقي بعقد هبة بلا عوض حيث لا تجوز الشفعة في هذه الحالة[1]، أو أن يذكر المتعاقدان ثمناً في العقد الصوري أكبر من الثمن المسمى في العقد الحقيقي، أو أن يقوم بشراء العقار شخص لا يجوز للشفيع أن يشفع فيما يشتريه[2] كأن يكون صهراً للبائع أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة وهو في حقيقة الأمر ليس إلاّ شخصاً مسخراً من آخر بهدف قطع الطريق على الشفيع من تملك العقار بالشفعة، وحماية الشفيع في جميع هذه الأحوال لا تكون إلاّ باعتباره غيراً بالنسبة لأثر الصورية مما يمكنه من التمسك بالتصرف الصوري أو الطعن به على النحو الذي تتحقق به مصلحته.

---

(١) وعلى ذلك استقر اجتهاد محكمة التمييز حيث جاء في حكم لها "إن الشفيع له أن يدعي بأن الثمن المبين في العقد قد بولغ فيه لتعجيزه عن أخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن طرفاً في العقد ولم يصدر عنه غش يمنعه من هذا الادعاء" تمييز حقوق رقم ٧٤/١٠٠، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية منذ سنة ١٩٧١ حتى نهاية سنة ١٩٧٥، ج٣، إعداد المحامي منير مزاوي، ص٦٣٣. وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية حيث جاء في حكم لها "الغير في الصورية هو كل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين المتعاقدين رابطة عقدية ولهذا الغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن" نقض مدني مصري رقم ١٩١ تاريخ ١٩٨٠/٣/٢٦ مشار إليه لدى عبدالحكم فوده، المجموعة الماسية، المرجع السابق، ص٨١١.

(٢) المادة ١١٦١ مدني أردني.

وبصفة عامة فإن هذا الاتجاه هو السائد قضاءً فقد استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية حيث جاء في حكم حديث لها "من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى لو كان في حقيقته عقداً صورياً بين عاقدين دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقي المستتر إلاّ أن يكون سيئ النية، أي يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر، وعلى من يدعي سوء نية الشفيع إثبات ذلك، فإن عبء الإثبات يقع في هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أفلح في ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر"[١].

كما استقر على ذلك اجتهاد محكمة التمييز الأردنية حيث جاء في حكم حديث لها "يعتبر الشفيع من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع ويجوز له أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع بها، بل هو ثمن صوري، تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة"[٢].

ويمكن القول زيادة على ما تقدم أن المشرع الأردني يعد الشفيع غيراً بالنسبة لأثر الصورية، وما يؤكد صحة هذه الوجهة ما نصت عليه المادة (١١٦٣/٢) من القانون المدني حيث تنص "وتفصل المحكمة في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع، ولها أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعه وإلاّ بطلت الشفعة" فهذا النص تكريس قانوني لمبدأ عام يتمثل بعدم جواز الاحتجاج في مواجهة الشفيع بالعقد الحقيقي المستتر، فيكون من حقه التمسك

---

(١) نقض مدني مصري رقم ١٤٥٠٠ لسنة ٥٠ تاريخ ٨٥/١/١٥ مشار إليه لدى المستشار مصطفى مجدي هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، ١٩٩١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص١٤٦. وجاء في حكم آخر لمحكمة النقض المصرية في هذا الخصوص "إن الشفيع يعتبر من طائفة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع الذي يطلب الأخذ فيه بالشفعة، ومن ثم يجوز له التمسك بالثمن الظاهر متى كان حسن النية" نقض مدني مصري رقم ١٥١٥ تاريخ ١٩٧٥/١١/٢٧ مشار إليه لدى المستشار عزت محمد حتوره، نظرية الشفعة في القانون المصري، ١٩٨٧، ص٢٥٣.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٨/٧٨٤، مجلة نقابة المحامين، السنة السادسة والأربعون، ١٩٩٨، العددان العاشر والحادي عشر، ص٣٦٩٥.

بالعقد الصوري وهو دليل واضح على إرادة المشرع الأردني باعتبار الشفيع من الغير.

ولا يخل بهذا القول ما تنص عليه المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة من أنه "لا تسمع دعاوى المواضعة والاسم المستعار في الملك وسائر الأموال غير المنقولة الموثقة بسندات تسجيل" لأن هذا النص وإن كان في ظاهره يفرض حظراً عاماً على الادعاء بالصورية إذا كانت واقعة على أموال غير منقولة مسجلة، فإنها في حقيقتها تقصر هذا المنع على أطراف الصورية حتى لا يحتجوا في مواجهة بعضهم البعض باوراق الضد التي تقوض آثار التصرفات الصورية[1].

ثانياً: المنتفع في عقد الاشتراط الصوري:

المنتفع في عقد الاشتراط هو من يكسب حقاً مباشراً في مواجهة شخص يسمى المتعهد نتيجة تعاقد هذا الأخير مع شخص يسمى المشترط والذي يدفعه لمثل هذا التعاقد وجود مصلحة أدبية أو مادية تتحقق بمثل هذا الاشتراط[2].

وإذا كان المنتفع يعد غيراً بالنسبة لعقد الاشتراط الحقيقي على اعتبار أنه ليس طرفاً فيه، وإن كان يكسبه حقاً، فهل يعتبر المنتفع غيراً بالنسبة لعقد اشتراط صوري على نحو يمكنه من التمسك بهذا العقد على الرغم من صوريته.

ولقد انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل في اتجاهين: يرى أولهما[3] أن المنتفع في

---

(١) انظر في هذا الخصوص محمد الزعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٢) نصت المادة ٢١٠ مدني أردني بأنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية، ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط فيستطيع أن يطالبه وفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد، ٣- ويجوز أيضاً للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلاّ إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك".

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١٠٩٢-١٠٩٤. وسليمان مرقص، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٦٨٩. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٥٧.

عقد الاشتراط الصوري لا يعد غيراً بالنسبة لهذا العقد على الإطلاق، فيجوز للمتعهد أن يتمسك قِبَل المنتفع بالصورية حتى لو كان حسن النية لا يعلم بالصورية، ويبرر هذا الاتجاه رأيه بالقول إن المنتفع لا يعتبر غيراً لأنه استمد حقه من العقد الصوري وشرط الغير في الصورية ألا يكون حقه الذي يراد حمايته من الصورية، مصدره العقد الصوري ذاته.

أما الاتجاه الثاني[1] فيرى أن المنتفع في عقد الاشتراط الصوري يعد غيراً بالنسبة لهذا العقد ويجوز له التمسك به وبالتالي عدم جواز احتجاج المتعهد في مواجهته بصورية العقد. ويستند هذا الاتجاه إلى ذات الرأي الذي ساقه في معرض دفاعه عن اعتبار الشفيع غيراً بالنسبة لأثر الصورية، من أن الغير في الصورية يشمل كل من لم يكن طرفاً أو ممثلاً فيها وله مصلحة أو حقوق تأثرت سلباً أم إيجاباً، فضلاً عن أن منطق الغيرية في الصورية لا يشترط فيه أن يكون الغير قد اكتسب حقه بسبب يغاير التصرف الصوري إذ لا يجوز تعميم هذا الشرط واعتباره لازماً لاكتساب صفة الغير في الصورية، وإنما يتحدد الغير وفقاً لمبدأ استقرار التعامل الذي يهدف إلى حماية كل من وثق بالتصرف الصوري واعتمد عليه.

ونرى برجحان الرأي الثاني، ونضيف على ما ساقوه من مبررات أن المنتفع متى أعلن إلى المشترط رغبته في الاستفادة من المشارطة، أصبح حقه قطعياً في مواجهة المتعهد وغير قابل للنقض من قبل المشترط أو ورثته، مما يمكن معه اعتباره دائناً للمعهد، فيثبت له في مواجهة المتعهد حق شخصي مباشر تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي وليس باسم المشترط[2].

---

(١) يمثل هذا الاتجاه إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٣٨. ومجدي حسن خليل، مشار لرأيه لدى جوني مرزوقه، المرجع السابق، ص٢١١، هامش رقم (٢).

(٢) انظر: عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص٥٩٨-٥٩٩. ويرى عبدالباقي علاوة على ما تقدم بأن المنتفع يتزاحم مع دائني المتعهد في استيفاء حقه من أموال المتعهد.

المطلب الثاني

شروط الحماية

غني عن البيان، أن صفة الغيرية، لا تكفي وحدها للاستفادة من الحماية الاستثنائية من آثار الصورية، بل يتعين توافر شروط أخرى في الغير كي يصبح جديراً بهذه الحماية وهذه الشروط تتمثل بأن يكون الغير حسن النية وله مصلحة مشروعة للتمسك بالصورية على أطراف العقد. وسنعرض لهذين الشرطين تباعاً عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أن يكون الغير حسن النية

إن المقصود بحسن النية الذي يتيح للغير التمسك بالعقد الصوري خلافاً للأصل القاضي بالاعتداد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أن يكون هذا الغير غير عالم بالصورية وقت تعامله مع أحد أطرافها أي في الوقت الذي نشأ فيه حقه[1]. وعدم العلم بالصورية هو الجهل بالعقد المستتر وقت التعامل مع أحد أطراف الصورية. ويترتب على ذلك أن علم الغير بوجود العقد المستتر وقت تعامله مع أحد طرفي الصورية ينفي عنه حسن النية ويحول دون إسباغ الحماية عليه، فلا يعود بإمكانه التمسك بمضمون الحماية كما حددتها المادة (٣٦٨) مدني. فلا يقبل من الغير التمسك بجهله الصورية، ذلك أن تسجيل العقد المستتر أو إشهاره يفقده صفة الخفاء، لأن مقتضى التسجيل أو الإشهار أن تنهض قرينة قاطعة بعلم الكافة بما تم تسجيله، فلا يستطيع الغير بعد ذلك

---

(١) السنهوري، الوسيط، المرجع السابصق، ص١١٠١. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٧٢. وصبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩٩. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٦٠. وعبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية، المرجع السابق، ص٨١٤.

إثبات العكس[1]. فيما يرى جانب من الشراح أن تسجيل العقد المستتر أو إشهاره لا يقوم بذاته قرينة قاطعة على علم الغير به، فيمكن للغير أن يثبت عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات، وذلك لكون التسجيل ليس من شأنه أن يظهر خفاء العقد المستتر، أو يضفي عليه صفة العلانية فيبقى مستتراً، فضلاً عن أن مفاعيل التسجيل تؤدي إلى اعتباره حجة على الكافة وليس علمهم به[٢].

ومن جانبنا، فإنه وعلى الرغم من ندرة إقدام المتعاقدين على تسجيل العقد الحقيقي فإننا نرى -وعلى فرض وقوع ذلك- أنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان حق الغير قد نشأ بتاريخ سابق على التصرف الصوري أو أنه نشأ بتاريخ لاحق له. فإذا كان حق الغير قد نشأ بتاريخ سابق على التصرف الصوري، فلا عبرة عندئذ بتسجيل العقد الحقيقي، لأن الوقت المعتد به لثبوت حسن النية لدى الغير هو وقت التعامل مع أطراف الصورية، وذلك بأن يجهل وجود عقد مستتر وقت التعامل مع أطراف الصورية. أما إذا كان تاريخ نشوء حق الغير لاحق للتصرف الصوري فيجب التفرقة بين الغير الذي تلزمه طبيعة تعامله مع أحد طرفي الصورية بالاطلاع على السجل العقاري أو سجل المركبات، وبين الغير الذي لا يقع على عاتقه هذا الالتزام. فيعتبر تسجيل العقد الحقيقي قرينة قاطعة بالنسبة لفئة الأغيار الذي يجب عليهم الكشف في السجلات مثل المشتري للعقار أو الدائن المرتهن وكل من يريد اكتساب حق عقاري، وفيما خلا هؤلاء، كالدائنين

(١) من هذا الرأي، الأساتذة إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٤٠. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٧٢. ورمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٩. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية "بأن شهر العقد المستتر يعد قرينة قاطعة على العلم به، وبالتالي لا تتحقق حسن النية" نقض مدني مصري، بدون رقم، تاريخ ١٩٧٧/١/٣١، مشار إليه لدى رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٩.

(٢) في هذا الاتجاه الأساتذة عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١١٠١-١١٠٢. ومأمون الكزبري، المرجع السابق، ص٦٩-٧١.

العاديين والذي لا يلقي على عاتقهم الكشف في السجلات فإننا نرى عدم اعتبار تسجيل العقد الحقيقي قرينة قاطعة على علمهم به.

أما بالنسبة للوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية لدى الغير، فهو وقت تعامله مع أحد أطراف الصورية، فيكفي أن يجهل الغير وجود العقد المستتر وقت تعامله حتى يعتبر حسن النية، ويترتب على هذا التحديد نتيجة هامة مفادها أن الغير يبقى حسن النية حتى لو علم بوجود العقد الحقيقي بعد إجرائه التعامل مع أحد طرفي الصورية[1]. فإذا كان الغير دائناً شخصياً للمشتري وكان التصرف الصوري سابقاً على نشوء حقه، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائناً للمشتري معتقداً أن التصرف الصوري الذي سبق نشوء حقه تصرفاً حقيقياً، فاطمأن إليه وتعامل مع المشتري على أساسه، أما إذا كان حق الغير سابقاً في نشوئه على تاريخ وقوع التصرف الصوري، فحسن النية المطلوب منه هو اعتقاده وقت علمه بصدور التصرف الصوري أنه تصرف حقيقي -وبصورة أوضح- أن يكون جهله بالصورية وقت صدور التصرف الصوري. أما بالنسبة للشفيع فيكفي أن يكون جاهلاً بوجود العقد الحقيقي وقت إعلان رغبته بالشفعة[2]، أما المنتفع في عقد الاشتراط الصوري، فيكون حسن النية إذا كان جاهلاً بالعقد الحقيقي وقت إعلان رغبته إلى المشترط بالاستفادة من المشارطة. ولا بد من الإشارة إلى أن حسن النية مطلوب فقط في الحالة التي يتمسك فيها الغير بالعقد الصوري، أما إذا أراد التمسك بالعقد الحقيقي فله ذلك سواء كان عالماً بحقيقة هذا العقد أم لم يكن عالماً، ولعل السبب في ذلك في أن تمسك الغير بالعقد الصوري استثناء على القاعدة العامة، ولا سبيل لإعمال هذا الاستثناء إلاّ بتوافر حسن النية لدى الغير.

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١١٠٢. وإسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٣٩.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٣٩.

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن حسن النية مفترض في الغير، فيتوجب على من يـدعي عكسه إثبات ما يدعيه وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن حسن النية من مسائل الواقع التي يجوز إثباتها بكافة الطرق.

الفرع الثاني
وجود مصلحة مشروعة في الاحتجاج بالصورية

وذلك بأن يكون غرض الغير من الاحتجاج بالصورية على أطراف العقد الدفاع عن حقه ومصلحته ورفع الضرر اللاحق به من جراء الصورية[١]، وله في سـبيل ذلـك أن يثبـت أن الصورية ستكون بالتأكيد ضارة بحقوقه[٢] دون أن يثبت وقوع ضرر فعلي حال يلحق به نتيجة الصورية، إذ يكفي احتمال حصول الضرر. أما إذا كان قصد الغير من الاحتجاج بالصـورية، الإضرار بأطراف العقد والتشهير بهم، فإن ذلك لا يعد من قبيل المصلحة المشروعة فلا يسـوغ له بالتالي التمسك بحمايته من آثار الصورية. كما أن مصلحة الغير في التمسك بحمايته من آثار الصورية تنتفي كلياً إذا تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الحقيقي[٣]، لأن هـذه الحمايـة لا تصل إلى حد إبطال الآثار القانونية المشروعة التي ترتبت على العقد الحقيقي. ولتوضيح ذلـك، إذا التزم المدين في العقد الحقيقي بدفع مبلغ أكبر من المبلغ المذكور في العقد الصـوري وقـام بدفع هذا المبلغ فعلاً، فليس للدائن أن يقيم الدعوى لاسترداد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الصوري[٤].

---

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٧٣.

(٢) صبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩٩.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١١٠٠، هامش رقم (٢).

(٤) انظر: سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٧٥.

المطلب الثالث

مضمون الحماية

يتحدد مضمون حماية الغير حسن النية بالنسبة لآثار الصورية بثبوت حق الخيار له بالتمسك بأي من العقدين الصوري أو الحقيقي، أيهما محققاً لمصلحته. وقد نصت على ذلك المادة ٣٦٨ من القانون المدني "١- إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم، ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"[١].

وعلى هدي التنظيم التشريعي لمضمون حماية الغير حسن النية من آثار الصورية فسوف ندرس هذا المضمون عبر ثلاثة فروع نعرض في أولها لحق الغير في التمسك بالعقد الصوري، وفي ثانيها لحقه في التمسك بالعقد الحقيقي، ثم نعرض في الفرع الثالث لمضمون الحماية في حالة تعارض مصالح الأغيار.

الفرع الأول

حق الغير في التمسك بالعقد الصوري

يعد هذا الخيار جوهر حماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية بشكل عام، وذلك لكونه يشكل خروجاً على حكم القواعد العامة القاضية بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. ويمكن القول أن المشرع الأردني شأنه شأن التشريعات المدنية التي أعطت للغير هذا الخيار قد سلك مسلكاً توفيقياً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بهدف حماية استقرار المتعامل والحيلولة دون استغلال التصرفات الصورية للإضرار بمصالح الغير[٢].

---

(١) تقابل المواد ٢٤٤ مدني مصري و٢٤٥ مدني سوري و١٤٧ مدني عراقي.

(٢) لم تعط بعض التشريعات المدنية الغير حق الخيار بين العقد الصوري والعقد المستتر وجاء موقفها في ذلك متفاوتاً حيث قضت بعض التشريعات المدنية كالقانون الجزائري بسريان العقد الظاهر في حق الغير ونفاذه في حق المتعاقدين ومن يخلفهما ، في حين لم تعط بعض التشريعات كالتشريع الألماني هذا الحق للغير،=

وتستبين مصلحة الغير في التمسك بالعقد الصوري في صور شتى كمصلحة دائن المشتري الصوري في التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في الضمان العام لمدينه، وأيضاً مصلحة الخلف الخاص للمشتري الصوري في التمسك بعقد سلفه الصوري حتى تنتقل إليه ملكية المبيع. كذلك تتضح مصلحة الدائن المرتهن في التمسك بالعقد الصوري إذا كان من شأنه نقل ملكية العقار أو المنقول لمدينه الراهن حتى يخلص له حق الرهن، كما يثبت هذا الحق لصاحب حق الانتفاع وحق الارتفاق فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر حيث يعتبر الحق منتقلاً إليهم من مالكه. ويترتب على تمسك الغير بالعقد الصوري ألا يكون بمقدور المتعاقدين الاحتجاج في مواجهته بالعقد الحقيقي فلا يكون للبائع إذا ما نازعه دائنو المشتري أو خلفه الخاص أن يتشبث بملكية المبيع أو بكامل الثمن متذرعاً بوجود تصرف حقيقي يلغي آثار التصرف الصوري كلية أو يحدد الثمن الحقيقي للمبيع، ويمكن بالتالي لدائن المشتري الصوري أو خلفه الخاص من التنفيذ على العين المشتراة صورياً، حتى لو كان حقه مترتباً بذمة المشتري قبل حصول الشراء الصوري كما سبق القول.

ومن البديهي أن العقد الصوري إذا ورد على عقار وتم تسجيله أو إذا ورد على منقول مما يتطلب الأمر تسجيله وتمسك به الغير فإنه يعتبر حجة في مواجهة المتعاقدين إعمالاً لحكم القواعد العامة في الصورية التي تعطي الغير حق التمسك بالعقد الصوري متى كان محققاً لمصلحته.

إلاّ أن الصعوبة تثور عندما يتمسك الغير حسن النية بالعقد الصوري في حين كان المتعاقدان قد بادرا إلى تسجيل العقد الحقيقي. وعلى الرغم من ندرة وقوع هذا الفرض لأن

=فتقضي بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين سواء في العلاقة فيما بين المتعاقدين أو فيما بينهم وبين الغير. ويلاحظ أن هذا المسلك يبدو غريباً بالنظر إلى الاتجاه العام للمشرع الألماني الذي يوصف بأنه موضوعي النزعة ويهدف بشكل عام إلى استقرار التعامل، بل وأن نظرية الأوضاع الظاهرة وما تنطوي عليه من الإعراض عن مبدأ سلطان الإرادة يعود الفضل في بلورتها واتساع نطاقها إلى الفقه والقضاء الألمانيين. إلاّ أن ما يبرر هذا الموقف للمشرع الألماني هو رفضه لفكرة الصورية القائم على أن التصرف الصوري ليس بوسعه إكساب أياً كان حقاً أو تحميله التزاماً سواء كان عاقداً أم غيراً.

تسجيل العقد الحقيقي لا يحقق الغاية التي يتوخاها المتعاقدان الصوريان من إبرام التصرف الصوري، إلاّ أنه يمثل إشكالية كبرى تعترض حماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية. ولقد سبق أن أشرنا إلى هذا الموضوع عند بحث حسن نية الغير المراد حمايته من آثار الصورية وتوصلنا إلى أن غالبية الفقه يميل إلى اعتبار العقد المسجل أو الذي تم إشهاره حجة في مواجهة الكافة. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية حيث جاء في قرار لها "للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد"[(١)]. وفي هذا الصدد نسوق ما سبق أن أبديناه في سياق معالجتنا لمدى توافر حسن نية الغير إذا كان العقد الحقيقي مسجلاً. فنرى أنه ينبغي التفرقة بين الغير الذي كان تاريخ نشوء حقه أسبق من التصرف الصوري وتاريخ تسجيل العقد الحقيقي وبين الغير الذي كان تاريخ نشوء حقه لاحقاً لتسجيل العقد المستتر، فالأول تقضي قواعد العدالة عدم إدراجه فيمن يحتج في مواجهتهم بالعقد الحقيقي المسجل، فضلاً عن أن التسجيل لا يحصن الحقوق ولا يجعلها حجة في مواجهة الكافة من تاريخ وقوعه. وعليه نرى الأخذ بعين الاعتبار هذه التفرقة.

الفرع الثاني

حق الغير في التمسك بالعقد المستتر (الحقيقي)

الأصل، وجوب إعمال العقد المستتر، لأنه العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين، ولذلك يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتمسك بالعقد الحقيقي وأن يطعن بصورية

---

(١) نقض مدني مصري رقم ٧٠/٤٨٥ تاريخ ١٩٧١/٤/٢١ مشار إليه لدى: معوض عبدالتواب، الشفعة الصورية وفقاً لقضاء النقض، المرجع السابق، ص٢٤٧.

العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات، وله أن يتمسك بالعقد الحقيقي حتى لو كان يجهل وجوده في أول الأمر وأعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدي[1].

وتظهر مصلحة الغير في التمسك بالعقد المستتر في حالات كثيرة كمصلحة دائن البائع في التمسك بالعقد المستتر إذا كانت الصورية مطلقة، حتى لا يخرج المبيع من ضمانة العام، ومصلحته إذا كانت الصورية نسبية، بأن كان التصرف هبة تمت في شكل بيع بأن يتمسك بحقيقة العقد، حتى يسهل عليه الطعن فيه بدعوى بدعوى نفاذ التصرفات دون أن يكلف بإثبات غش المدين وعلم من صدر له التصرف بذلك[2]، ومن قبيل المصلحة في التمسك بالعقد المستتر، تمسك الشفيع به إذا كان الثمن الوارد فيه أقل من الثمن الوارد في العقد الصوري، كما تتضح مصلحة الخلف الخاص، كالمشتري أو الدائن المرتهن في الطعن بصورية التصرف الصوري الصادر من السلف أو المدين الراهن إلى شخص ثالث، حتى لا يسري هذا التصرف في مواجهته، وحتى ينتقل إليه الحق الذي تصرف فيه إلى سلفه.

إلاّ أن تمسك الغير بالعقد المستتر قد يجابه من قبل العاقدين بتسجيل العقد الصوري، وبالتالي يثور التساؤل: هل يُحتَج بالعقد الصوري المسجل إذا كان وارداً على عقار تم تسجيله أو على منقول مما يجب تسجيله، في مواجهة الغير؟

إن هذا التساؤل لا يثير أي إشكال في ظل القانون المصري والسوري، حيث لم يتضمنا نصوصاً تعالج هذا الموضوع مما ترك الأمر للاجتهاد القضائي للبت فيه، ويمكن القول إن اجتهاد محكمة النقض المصرية مستقر على أن للغير حسن النية الطعن في صورية العقود حتى لو كانت مسجلة، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "متى كان العقد صورياً فإنه لا يكون

---

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٧٦.

(٢) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص٢١٧-٢١٨.

له وجود قانوني، فتسجيله وعدمه سيان، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله"[1]. وقضت في حكم آخر "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه يجوز لمن كسب من البائع حقاً على المبيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر عن سلفه ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا"[2]، في حين قضت محكمة النقض السورية "إن العقود المسجلة في السجل العقاري تخضع للقواعد العامة للعقود ولا شيء يحول دون الادعاء بصوريتها"[3].

وفي الجهة المقابلة فإن المشرع العراقي منع الطعن بصورية العقود الواردة على العقارات إذا تم تسجيلها في دائرة الطابو وذلك حسبما نصت عليه المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي حيث نصت "لا يجوز الطعن في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو".

ويرى شراح القانون المدني العراقي أن هذا المنع يتعلق بالمتعاقدين والغير، لا يجوز للغير إذا ما أراد التمسك بالعقد الحقيقي غير المسجل أن يطعن بصورية العقد الصوري المسجل، لأن العقد الصوري يمثل الحقيقة متى ما سجل، فضلاً عن أن المنع من الطعن بصورية العقد المسجل يتماشى مع ضرورة تحقيق استقرار المعاملات[4].

---

(١) نقض مدني مصري رقم ٩٠٧ تاريخ ١٩٨٥/١/١٧ مشار إليه لدى محمد شتا أبو سعد، الصورية في ضوء قضاء النقض، ١٩٨٣، ص١٢.

(٢) نقض مدني مصري رقم ١٨١٠ تاريخ ١٩٨٦/١/٢٩ مشار إليه لدى: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص١٠.

(٣) نقض مدني سوري رقم ١٧١٤ تاريخ ١٩٨٦/١٢/٣٠ مشار إليه لدى: سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٧٨.

(٤) انظر: صبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩٨. ومنذر الفضل، المرجع السابق، ص١١٧. وفي هذا الاتجاه سار اجتهاد محكمة التمييز العراقية حيث جاء في حكم لها في هذا الخصوص "إن الثمن الذي-

أما بالنسبة للقانون الأردني فإن المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة قد حظرت الطعن بصورية العقود الواردة على الأموال غير المنقولة الموثقة بسندات تسجيل حيث تنص "ولا تسمع دعاوى المواضعة والاسم المستعار في الملك وسائر الأموال غير المنقولة إذا كانت موثقة بسندات تسجيل" وإزاء عمومية النص أعلاه فإن التساؤل يثور حول مدى انطباقه على الغير؟ وهل يمتنع عليه الطعن بصورية العقود الموثقة بسندات تسجيل؟

لقد تم معالجة هذا التساؤل في إطار فقهي وقضائي، فعلى صعيد الفقه، يرى الدكتور محمد الزعبي أن المنع الوارد في المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة يتعلق بالمتعاقدين فقط، أما غير المتعاقدين فلا يمنع من الادعاء بالصورية التي لم يكونوا طرفاً فيها، خاصة إذا كانت محاولة من أطراف الصورية لتهريب أموالهم من وجه الدائنين، الذين يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصوري، سواء أكانوا من دائني البائع أو المشتري[(١)].

أما على صعيد القضاء فقد واءمت محكمة التمييز بين المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة وبين المادة السابعة من قانون البينات، فإذا كان العقد الصوري الذي تم تسجيله مما يمكن اعتباره سنداً رسمياً بحسب المادة (٢/٧) من قانون البينات وهي السندات التي يدون الموظف العام البيانات الواردة فيها بناءً على ما سمعه من أصحاب العلاقة دون أن يكون قد شاهدها أو تحرى عن صحتها والمتعلقة غالباً بموضوع السند، وهذه السندات ليس لها حجية مطلقة فيجوز إثبات عكسها. والبيانات الواردة غالباً ما تتعلق بنوع التصرف أو بمقدار الثمن أو بقبضه. وفي ذلك قضت محكمة التمييز "أن عقد البيع الذي يجري أمام دائرة التسجيل وإن كان

=على الشفيع إيداعه في صندوق المحكمة هو القيمة المدرجة في سند التسجيل العقاري" تمييز عراقي رقم ٣٤٣/م٢/٧٦، مشار إليه لدى: صبري خاطر، المرجع السابق، ص١٩٨.

(١) محمد الزعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، المرجع السابق، ص١٧٨-١٧٩، هامش رقم (٦٦).

من الأوراق الرسمية إلاّ أن بعض بياناته يتم تدوينها من الموظف المختص بناءً على ما ورد على لسان ذوي الشأن ومن ذلك الثمن المسمى، ومثل هذه البيانات يجوز إثبات عكسها رغم أنها من الأوراق الرسمية عملاً بالمادة (٢/٧) من قانون البينات"[١]. وفي حكم آخر "استقر الاجتهاد على "أن الادعاء من أحد طرفي العقد بصورية الثمن الوارد في العقد الرسمي هو ادعاء غير مسموع تجاه الغير"[٢].

ويترتب على استقرار اجتهاد محكمة التمييز السالف بيانه، أن العقود الصورية –مما يمكن اعتباره إسناداً رسمية بحسب المادة ١/٧ من قانون البينات– لا يجوز الطعن بصوريتها لأنها تنطوي على بيانات تم تنظيمها من قبل موظف رسمي تولى ضبطها بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن بحضوره، كتاريخ السند الرسمي، أو الإقرار بقبض الثمن أو تسليم المبيع، فهذه السندات تحوز حجية مطلقة ولا يمكن إثبات عكسها إلاّ بطريق التزوير.

وظاهر مدى المرونة التي اتسمت بها المعالجة الفقهية والقضائية في الأردن لحق الغير في الطعن بصورية العقود المسجلة، على الرغم من أن التسجيل في ظل القانون المدني الأردني يعد وسيلة لكسب الحقوق سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول له سجلات خاصة. وعلى هذا نصت المادة (١١٤٨) من القانون المدني الأردني على أنه "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلاّ بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به".

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩٨/٧٨٤ تاريخ ١٩٩٨/٥/٣١، مجلة نقابة المحامين، السنة السادسة والأربعين، العددان العاشر والحادي عشر، ص٣٦٩٥.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٥/٧٦٨، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٨٨، ص٢٨٢.

الفرع الثالث

التعارض بين مصالح الأغيار

قد نجد غيراً له مصلحة بالتمسك بالعقد الصوري وغيراً آخر له مصلحة بالتمسك بالعقد المستتر، ففي حالة البيع الصوري، يكون من مصلحة دائني البائع الصوري التمسك بالاتفاق الحقيقي وإثبات صورية البيع لإبقاء المبيع في ذمة مدينهم تمهيداً للتنفيذ عليه، في حين أن دائني المشتري الصوري يكون من مصلحتهم التمسك بالعقد الصوري حتى يدخل المال في ذمة مدينهم، وقد يقوم التعارض ذاته بين خلف خاص تلقى حقه من البائع الصوري وخلف خاص آخر تلقى حقه من المشتري الصوري، وقد يكون التعارض بين مصالح الخلف الخاص لأحد المتعاقدين الصوريين ودائن العاقد الآخر.

ومن الطبيعي أنه في مثل هذه الحالة لا يمكن الأخذ بالعقدين معاً، فلا بد من تغليب مصلحة أحد الأغيار على مصلحة غير سواه لاستحالة الاعتداد بالعقدين المتعارضين أو حتى التوفيق بينهما.

وقد حسم المشرع الأردني هذا الأمر عندما نص صراحة في المادة (٣٦٩) مدني على تفضيل مصالح الأغيار الذين يتمسكون بالعقد الصوري فنص على أنه "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للأولين"[١]. ويترتب على ذلك أن دائن المشتري في البيع الصوري يفضل على دائن البائع، فيستطيع التنفيذ على العين المبيعة صورياً متمسكاً بالعقد الصوري، ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين[٢]. ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشتري الصوري

---

(١) تقابل المواد ٢/٢٤٤ مدني مصري و٢/٢٤٥ مدني سوري و٢/١٤٧ مدني عراقي.

(٢) انظر: عبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية، ج١، المرجع السابق، ص٨١٥.

يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الصوري فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشترٍ آخر وسجل هذا المشتري عقده ثم باع المشتري الصوري بعد ذلك العين محل التصرف الصوري إلى مشترٍ ثانٍ، فإن المشتري من المشتري يفضل على المشتري من البائع، بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل عقده أولاً لأن كلاً منهما لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه، فهما لم يتلقيا الحق من شخص واحد فنكون بالتالي بصدد تنازع ما بين الأغيار بالنسبة إلى الصورية، فيفضل من يتمسك بالعقد الصوري وهو الذي تمسك به المشتري من المشتري[١].

ومن نافلة القول إن نشير إلى أن هذا المسلك التشريعي يرتب العديد من النتائج غير المقبولة أو التي يصعب تبريرها كتفضيل الموهوب له من المشتري الصوري على دائن البائع الصوري رغم أن هذا التفضيل يؤدي إلى اغتناء الموهوب له على حساب الدائن[٢].

ومن النتائج الغريبة التي تترتب على هذه التفرقة بين طوائف الأغيار هو إغفال حسن النية في جانب الأغيار الذين تمسكوا بالعقد الحقيقي، وكذلك تفضيل طائفة من الغير ثبت حقها قبل التصرف الصوري على طائفة أخرى ثبت حقها بعد التصرف الصوري، كتفضيل دائن المشتري الصوري إذا كان حقه قد ثبت قبل حصول البيع الصوري للمدين، على دائن البائع الصوري رغم أن الأول لم يكن يعتمد في حقه، عند نشوئه على ملكية مدينة الصورية[٣].

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ١١٠٤-١١٠٥.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، المرجع السابق، ص١١٠٤.

(٣) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص٣٨٣.

المبحث الثاني

حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني

إذا كان الأغلب أن تثار حماية الغير حسن النية لاستناده إلى مركز واقعي، فـإن الواقـع العملي يتضمن أوضاعاً يكون فيها الغير حسن النية مستنداً إلى مركز قانوني، ومع ذلك يتطلب الأمر حمايته، لوقوع مركزه موقع التنازع مع مركز قانوني آخر. والأصل أن التنازع فيما بين المراكز القانونية، قلما يثار، نظراً لوجود قواعد قانوني، تنظم الحقوق، بحيث لا يطغى حق على آخر، كقاعدة تسجيل التصرفات القانونية إذا كان وارداً على عقار أو منقول مما ينبغي تسـجيله حيث يفضل التصرف الأسبق في تسجيله، حتى لو جاء لاحقاً لتصرف آخـر ورد علـى ذات المبيع ولم يتم تسجيله.

وكذلك قاعدة الأسبقية في القيد بالنسبة للرهونات الواقعة على ذات المال المرهون حيـث يتقدم الدائن الأسبق في قيد رهنه في استيفاء حقه على باقي الدائنين المرتهنين التالين لـه فـي المرتبة، فضلاً عما يوفره حق الرهن للدائن المرتهن من حق تتبع المال المرهون فـي أي يـد يكون. كما لا يعدم الدائن العادي قاعدة تحمي حقه إذ تعد أموال مدينه جميعها ضـامنة للوفـاء بدينه.

وفي جميع هذه الحالات توجد قاعدة قانونية ترجح حقاً على آخر، بحيث لا يثور تنـازع على ذات الحق فيما بين المراكز القانونية.

غير أن هذا الأمر ليس مطلقاً، إذ يمكن تجاوز القواعد التي تنظم أفضلية المراكز القانونية على بعضها البعض، وذلك إذا ما تطلب الأمر مراعاة جوانب حسن النية واسـتقرار التعامـل، وهو ما يتجلى في حالتين نص عليهما المشرع الأردني وهما حالة حماية الغير حسن النية الذي

اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة حيث تتمثل حمايته بالحيلولة دون رجوع الـدائنين العاديين والذين لم تكن لهم تأمينات على أموال التركة عليه لاستيفاء حقوقهم منه كمـا نصـت عليه المادتان (١٠٧) و(١١٢٣) مدني والحالة الثانيـة مـا نصـت عليـه المادتـان (١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني والمتعلقة بحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً علـى المـال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

ويلاحظ أن الحماية المقررة في الحالتين تمثلان استثناءً على ما أوردناه بشـأن القواعـد المنظمة للمراكز القانونية، ففي الحالة الأولى نجد أنها تمثل استثناءً على القاعدة القاضـية بـأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه حيث لا محل لإعمالها إذا ما تعلق الأمر بحماية الغير حسن النية.

وفي الحالة الثانية نجد أنها تمثل استثناءً على قاعدة أسبقية القيد كما أنها تعطل ميزة التتبع المقررة للدائن المرتهن.

إلاّ أن تعطيل هذه القواعد استجابة لمقتضيات حسن النية يتطلب توافر شروط معينة فـي كل حالة من هاتين الحالتين حتى يكون الغير جديراً بالحماية. وهو ما سنوضحه عبر مطلبـين مستقلين فنعرض في الأول لحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركـة المدينة. ونعرض في الثاني لحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون فـي الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

المطلب الأول

حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة

يترتب على تملك الوارث لأموال التركة المدينة من وقت الوفاة، أن يكون في استطاعته من هذا الوقت التصرف في أموال التركة بحيث يقع تصرفه صحيحا على اعتبار أنه صادر من

مالك لهذا المال(١).

وإذا كانت التركة غير مدينة فإن تصرف الوارث بأموالها لا يثير أشكالاً أو تنازعاً بين دائني التركة والمتصرف إليه. أما إذا كانت التركة مدينة، فإن من شأن تصرف الوارث في اموالها، أن يثير تنازعاً وتعارضاً بين مصلحة دائني المورث الذين تعلقت حقوقهم بأموال التركة(٢)، ومصلحة المتصرف إليه (الغير).

ويثور هذا التنازع سواءاً خضعت التركة المدينة للتصفية أم لم تخضع، وينحصر بين المتصرف إليه (الغير) والدائنين العاديين للمورث.

ويقتضي بيان مسلك المشرع الأردني في حماية الغير حسن النية، الوقوف على موقفه من تسجيل حق الإرث ثم نعرض بعد ذلك لنطاق حماية الغير حسن النية من حيث نوع التركة التي تركز فيها حق الغير على أن نعرض أخيراً للشروط الواجب توافرها في الغير حتى يكون جديراً بإسباغ الحماية عليه، وسوف نعرض هذه المواضيع عبر الفروع التالية:

---

(١) عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٧٥٣ وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٤، المرجع السابق ص ٣٤٦ ومحمد سوار، شرح لحقوق العينية الأصلية المرجع السابق ص ٤١.

(٢) ترى غالبية الفقه أن تعلق حق الدائنين العاديين بأموال التركة هو أقرب إلى أن يكون حق رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين أو حق امتياز مصدره كذلك. انظر على سبيل المثال الصدة، المرجع السابق ص ٧٥٣ ومنصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراة، ١٩٥٣ مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦ ص ٢٤١ والسنهوري الوسيط، ج٤، المرجع السابق ص ٣٤٥ وعلي العبيدي، المرجع السابق ص ١٢٢ وسوار، الحقوق العينية الأصلية في القانون الأردني، المرجع السابق ص ٣٥ وفي ذلك ورد قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، تعني أ ن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفي يخول لهم تتبعها واستيفاء حقوقهم منها"، نقلاً عن سوار، المرجع السابق ص ٣٥ رقم (١).

الفرع الأول

موقف المشرع الأردني من تسجيل حق الإرث

سبق القول أن الورثة في ظل القانون المدني الأردني يمتلكون أموال التركة بمجرد الوفاة، وهذا القول يصدق بصورة مطلقة إذا كانت أموال التركة من المنقولات التي لا يحتاج انتقال ملكيتها إلى تسجيل، أما إذا كان في التركة عقارات أو منقولات مما يقتضي أمر انتقال ملكيتها للتسجيل، فإن التساؤل يبدو ملحاً حول ضرورة تسجيل الحقوق الإرثية فيها لإمكانية انتقال ملكيتها إلى الورثة؟ ويترتب على الإجابة على هذا التساؤل أثر هام فيما يتعلق بمصير التصرفات التي أجراها الورثة مع الغير وكان محلها هذه الأموال.

في الإجابة على هذا التساؤل يرى شراح القانون المدني الأردني أن التركة حتى لو تضمنت أموالا غير منقولة فإنها تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ودون حاجة إلى تسجيل، ويبررون ذلك بالقول أنه لو اشترط التسجيل لأصبحت عقارات التركة بدون مالك في الفترة ما بين الوفاة والتسجيل[1]، كما يستند هذا الرأي إلى ما نصت عليه المادة (١٠٨٦) من القانون المدني والتي جاء فيها **((يكسب الوارث بطريق الميراث العقارات والمنقولات والحقوق الموجودة في التركة))** حيث يفهم من هذا النص أن الوارث يعد مالكاً لعقارات التركة بمجرد وفاة المورث دون الحاجة إلى تسجيل حقه الإرثي، ويرجع ذلك إلى أن الميراث يقوم على واقعة معينة هي وفاة المورث، وبالوفاة تنتهي شخصية المورث فيتوجب بعد ذلك إلى تنتقل العقارات وسائر أموال التركة إلى ذمة الوارث فور الوفاة. ويلتقي هذا الرأي مع ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الموقرة في العديد من أحكامها ومنها الحكم الذي جاء فيه **((عملاً بالمادة**

---

(١) راجع محمد سوار، الحقوق العينية الأصيلة في القانون المدني الأردني المراجع السابق ص ٣٩ وما بعدها وعلي العبيدي المرجع السابق ص ١٢٣.

١/١٠٨٦ من القانون المدني فإن الوارث يكسب ملكية العقار والمنقول، والحقوق الموجودة في التركة بطريق الميراث، وعليه فلا يشترط لثبوت هذه الملكية للوارث إجراء عملية انتقال واستصدار سند تسجيل الملكية بل يكفي إثبات ملكية الوارث أو شراكته في الأرض))[1].

وفي هذا الاتجاه سار المشرعان العراقي والسوري حيث نصت المادة (١١٠٦) مدني عراقي على أنه ((يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة)).

في حين جاء المشرع السوري أكثر صراحة في انتقال ملكية العقارات الموجودة في التركة إلى الوارث بمجرد الوفاة دون الحاجة إلى تسجيل الحق الإرثي فيها حيث نصت المادة (٣/٨٢٥) مدني سوري على أن ((كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكاً قبل تسجيله على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل)).

أما المشرع المصري فقد اتجه وجهة مخالفة حيث اشترط لانتقال ملكية العقارات في التركة إلى الورثة وجوب شهر حق الإرث وهذا ما نصت عليه المادة (١٣) من قانون الشهر العقاري المصري حيث تقول ((يجب شهر حق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت علىحقوق عينية عقارية، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق)).

وإذا كان المشرع الأردني لم يقيد انتقال حق الإرث في العقارات على تسجيله لدى دائرة التسجيل فإن التساؤل يثور حول إمكانية تسجيل التصرفات التي يجريها الورثة على عقارات التركة قبل تسجيل حق الإرث.

---

(١) تمييز حقوق رقم ٨٧/٨٨٣ مشار إليه لدى محمد خلاد، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية من بداية سنة ١٩٨٦ حتى نهاية سنة ١٩٩١ ج١، وكالة التوزيع الأردنية ص ٤٧٨.

في الإجابة على هذا التساؤل نقول أن المشرع الأردني لم ينص على عدم جواز تسجيل مثل هذه التصرفات إلا بعد تسجيل حق الإرث، إلا أنه وعلى الرغم من عدم النص على ذلك، فإنه بمطالعة بعض نصوص القانون المدني وبعض القوانين الخاصة يمكن الخلوص إلى عدم جواز تسجيل أي تصرف يجريه الورثة على عقارات التركة دون سبق تسجيل حق الإرث، فالمادة (١١٤٨) من القانون المدني تنص على ((**أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة**)) كما تنص المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأرض والمياه ((**في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعد البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض والماء، إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل**)) كما تنص المادة (٢/١٦) من ذات القانون ((**بعد أن تتم معاملة التسجيل، وفقاً لقانون التسوية، لا يحق لأي محكمة في المملكة الأردنية الهاشمية أن تسمع أي اعتراض على صحة قيود ذلك السجل إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون**)).

ووجه الاستخلاص الذي نراه من خلال هذه النصوص هو أن التسجيل ركن في العقد ولا تنتقل الملكية إلا بمقتضاه وهو لا يرد إلا على حق مسجل أصلاً، ذلك أن السجل العقاري هو الذي يبين حالة كل عقار وأوصافه وحالته الشرعية والحقوق المترتبة له وعليه والمعاملات والتعديلات المتعلقة به. وغني عن البيان أنه قبل تسجيل حق الإرث، فإن ملكية الورثة لعقارات التركة هي ملكية غير موثقة والتسجيل لا يرد إلا على حقوق موثقة. وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز حيث تقول في هذا الصدد ((**إن إجراء معاملة الانتقال على عقار موروث وتسجيله على أسماء الورثة، وتعين حصص كل منهم في قيود دائرة التسجيل هو من قبيل قبض الوارث وما يخصه من العقار الموروث بما يخرج العقار من التركة، ويجعل منه ملكية شائعة بين شركاء الملك الذين تخضع تصرفاتهم فيه لأحكام المواد (١٠٣١) و (١٠٣٢) و**

(١١٤٨) من القانون المدني و (٣/١٦) و (٢/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه و (٢) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة التي تمنع البيع والفراغ في العقار عن غير طريق دوائر التسجيل))[١] .

في قرار آخر لها إلى أنه ((تنتقل الملكية بمقتضى حجج المخارجة التي تصدرها المحاكم الشرعية، دون أن تسجل في دوائر التسجيل إلا أن المتخارج له لا يستطيع التصرف بنقل ملكية الحصة المتخارج له عنها إلا بعد إجراء معاملة الانتقال في دوائر تسجيل الأراضي كما هو الشأن في تصرف الوارث بالحصة الإرثية))[٢].

وظاهر أن تواتر الاحكام التمييزية في هذا الشأن قد أرسى قاعدة شديدة الوضوح في عدم جواز تسجيل التصرف الصادر عن وارث لم يسجل حقه الإرثي، نظراً لأن تملك الوارث لعقارات التركة، قبل تسجيل حقه، يعد استثناءً خطيراً على نظام السجل العقاري، ولذلك فإن قرار محكمة التمييز السابق الذكر قد خفف من حدة هذا الاستثناء بما لا ينتهك حرمة السجلات العقارية[٣] كما نرى أن المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي والتي توجب تسجيل التصرف إذا كان وارداً على عقار، تصبح أساساً لاستخلاص موقف مماثل للمشرع العراقي.

وإذا كان استخلاصنا لموقف المشرع الأردني جاء من واقع النصوص الواردة في القانون

---

(١) تمييز حقوق رقم ٣٨٨/ ٨٦ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩ ص ١٧٦٠.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩١/٧٨٧ مجلة نقابة المحامين، السنة الحاي والأربعون ١٩٩٣، الجزء الأول، ص ٢٦٠.

(٣) لا يعني عدم جواز التصرف الصادر من الوارث على عقارات التركة إذا لم يتم التسجيل حق الإرث، فقدانه أي ميزه لملكية للعقار فتعود له غلة عقارات التركة منذ تاريخ وفاة المورث وله أن يطالب بها ابتداءً من هذا التاريخ، ولا يتوقف سماع الدعوى بشأنها على إجراء معاملة الانتقال، بل يكفي إبراز حجة حصر الإرث. كما يمكن للورثة أن يطالبوا بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالعقارات لأنها مملوكة لهم. انظر تفصيل ذلك لدى سوار، الحقوق العينية الأصلية في القانون الأردني المرجع السابق ص ٤١-٤٢.

المدني والقوانين الخاصة وما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز، فإن استخلاصنا لموقف المشرعين المصري والسوري لا يحتاج إلى كبير عناء حيث نص صراحة على عدم جواز تسجيل التصرف الصادرة من الورثة في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث وهذا ما نصت عليه المادتان (١٣) من قانون الشهر العقاري المصري و(٣/٨٢٥) من القانون المدني السوري.

وتكمن أهمية حديثنا عن موقف المشرع الأردني من تسجيل حق الإرث في تحديد نطاق حماية الغير حسن النية وبالأخص إذا اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة التي لم تخضع للتصفية، لأن اكتسابه حقاً عينياً على عقارات هذه التركة دون تسجيله، يجعل منه دائناً عادياً لا يقوى على مزاحمة دائني المورث، في حين إذ اكتسابه حقاً عينياً على عقار بموجب تصرف تم تسجيله فإن هذا التسجيل يجعله في مأمن من مزاحمة دائني المورث له على النحو ما سنوضحه تالياً عند الحديث عن نطاق حماية الغير حسن النية.

الفرع الثاني

نطاق حماية الغير حسن النية

سبق القول، أن حماية الغير حسن النية لا تثار إلا حينما يكتسب الغير حقاً عينياً على أموال تركة مدينة سواءاً خضعت لنظام التصفية أم لم تخضع. وبالنظر إلى الاختلاف فيما بين التركات التي تخضع لنظام التصفية وتلك التي لا تخضع، فيتوجب التمييز بين الحماية المقررة للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أن من أموال هاتين التركتين.

أولاً: حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية.

كرست المادة (١١٢٣) من القانون المدني هذه الحماية حيث نصت **((إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً للأحكام السابقة، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به**

لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات))[1].

وفي هذا النطاق يختلف الأمر بين اكتساب الغير حقاً عينياً على عقار وبين اكتسابه حقاً عينياً على منقول من أموال التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية فيتوجب التمييز بين الحالتين:

١- اكتساب الغير حقاً عينياً على عقار

وتفترض هذه الحالة أن التصرف الذي اكتسب بموجبه الغير حقاً عينياً على العقار قد تم تسجيله، لأنه إذا لم يتم تسجيله، فلا مجال للحديث عن أي حماية للغير حيث لا يعدو كونه دائناً عادياً للوارث ولا يقوى على مزاحمة دائني المورث[2].

أما إذا تم تسجيل التصرف الذي اكتسب بمقتضاه الغير حقاً على أموال التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية، فإن حقه يكون نافذاً في مواجهة دائني المورث العاديين، إذا كان سابقاً على إقدام هؤلاء الدائنين تتبع عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، كما لا يستطيعون التنفيذ على هذه العقارات. ومن نافلة القول، أن نشير إلى أن المشرعين المصري والعراقي قد قيدا من الحماية المقورة للغير الذي صدر له التصرف، حماية لدائني المورث، فمن جهة المشرع المصري فقد نصت المادة (١٤) من قانون الشهر العقاري على أنه ((**يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم جرد التركة المتعلقة بها، ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ**

---

(١) تقابل المادتين (٩١٤) مدني مصري و (٨٧٥) مدني سوري.

(٢) عبد الملعم الصدة، المرجع السابق، ص ٧٥٤.

التسجيل المشار إليه، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير)). وظاهر أن مؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في الميعاد المشار إليه يحفظ له حقه مطلقاً في مواجهة الغير، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير، أما بعد هذا الميعاد، فالعبرة بأسبقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث. ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر حق الإرث، أما إذا لم يشهر حق الإرث، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاءً لحقه، والمفروض أن تكون باقية على ملك الوارث، إذ لا يجوز شهر أي تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته، وللدائن في جميع الأحوال ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك -أي بعد تسجيل حق الإرث- أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث، بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع بعد تسجيل حق الإرث ولم يؤشر الدائن بدينه كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق الغير، وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن فللدائن الذي لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج في مواجهته بحق الرهن[1].

أما المشرع العراقي، فإنه أعطى للدائنين العاديين للمورث الحق في تتبع عقارات التركة واستيفاء حقوقهم منها حتى لو كان الغير قد ترتبت له عليها حقاً عينياً، وذلك في خلال ثلاث سنوات من موت المدين، وقد نصت على ذلك المادة (١١٠٧) من القانون المدني العراق بقولها

---

(١) أنظر في هذا الخصوص. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٤ المرجع السابق ٣٤٧-٣٤٩ وعبد المنعم الصدة المرجع السابق ٧٥٧-٧٦٠ وفي هذا الخصوص يرى السنهوري أنه حتى لو تصرف الوارث في العقار وكان تأشير الدائن بدينه بعد انقضاء السنة ولاحقاً على تسجيل التصرف، جاز للدائن أن يطعن في تصرف الوارث بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها. وهذا الموقف يوضح -الفقه المصري في تأثيره لمسلك المشرع المصري في توسيع حماية دائن لتركه على حساب الغير الصادر له التصرف دون مراعاة حسن نية.

((١- لدائني التركة العاديين، وللموصى لهم، أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير، أو رتبت عليها حقوقاً عينية. ٢- ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فإذا انقضت هذه المدة، نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤا مع الغير للإضرار بهم)) ومن خلال هذا النص فإن الغير قد يفاجأ بتتبع التركة دون أن تتوفر لديه الوسيلة للعلم بحق هذا الدائن عن طريق الشهر، فهو لا يصبح في مأمن من هذا التتبع إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المورث.

٢- اكتساب الغير حسن النية حقاً عينياً على منقول.

إذا تصرف الوارث في منقول من منقولات التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية، فإن تسجيل حقوق الدائنين لا يكون لـــه أثر في تحديد موقفهم من المتصرف إليه، حيث يقتصر أثر هذا التسجيل على التصرف في العقار، وإنما تكون العبرة بتوافر شروط قاعدة **((الحيازة في المنقول سند الحائز))** أو عدم توافرها، وعليه إذا كان المتصرف إليه (الغير) قد تلقى المنقول من الوارث وهو لا يعلم أنه من أموال تركة لم تسدد ديونها فإنه يكون حسن النية، ومن ثم تنطبق في شأنه قاعدة الحيازة في المنقول[١]، فيتملك المنقول، ولا يستطيع الدائن أن يتتبعه في يده، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث[٢].

على أنه وفي ظل القانون المدني الاردني، فإن الغير حسن النية يكتسب ملكية المنقول مثقلاً بما ترتب عليه من حقوق لصالح الدائنين لأن القانون الأردني لم يأخذ بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول بصفة عامة[٣].

---

(١) المصدة، المرجع السابق ص ٧٦٥.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٤، المرجع السابق ص ٣٥٠.

(٣) أورد المشرع الأردني بعض التطبيقات للأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز علـــى ســـبيل الاستثناء في المواد ١٤٢٧، ١٤٠٠، ١٤٤٢/٢و ١٤٤٤ من القانون المدني.

ثانيا: حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة التي خضعت لنظام التصفية.

وقد أقرت هذه الحماية المادة (١١٠٧) من القانون المدني حيث تنص ((**لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان (وصي التركة) ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة**))[1].

وتتشابه حماية الغير حسن النية في هذه الحالة مع الحالة السابقة إذ تجب التفرقة بين تصرف الوارث في عقار من عقارات التركة التي خضعت لنظام التصفية وبين تصرفه بمنقول، وعلى ضوء ذلك يتحدد نطاق حماية الغير حسن النية في هذا النوع من التركات.

١- نطاق حماية الغير حسن النية إذا اكتسب حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة المدينة التي خضعت لنظام التصفية

مثلما أعتبر إيقاع دائني التركة التي لم تخضع لنظام التصفية، حجزاً على عقارات التركة أساساً للاحتجاج به في مواجهة المتصرف إليه متى كان سابقاً على تسجيل هذا الأخير حقه الذي اكتسبه على عقارات التركة التي لم تخضع لنظام التصفية فقد اعتبرت المادة (٢/١٠٩٠) من القانون المدني قيد القرار الصادر من المحكمة بتعيين المصفي أساساً للاحتجاج به في مواجهة الغير المتصرف إليه حيث نصت ((**ويكون لهذا القيد أثره بالنسبة لمن يتعامل مع الغير مع الورثة بشأن عقارات التركة**)) ولذلك فإذا قُيِّد القرار الصادر بتعيين المصفي، أصبحت حقوق الدائنين نافذة في مواجهة كل من يتقى من الوارث حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة، أما إذا كان قيد القرار بعد تسجيل التصرفات فلا يكون له أي أثر. وهذا المسلك هو ذاته

---

(١) تقابل المواد (٨٩٧) مدني مصري و(٨٥٨) مدني سوري.

الذي سلكه المشرعان المصري والسوري، فاعتبرت المادتان (٢/٨٤٠) من القانون المدني السوري و(٢/٨٧٩) من القانون المدني المصري، القيد الصادر بتعيين مصفي التركة ذا أثر بالنسبة لمن يتعامل مع الغير مع الورثة بشأن عقارات التركة. أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد انتهج نهجاً مختلفاً فقد أعطت المادة (١٤) من قانون تحرير التركات الحق للدائن في تتبع عقاره الذي جرى له التصرف خلال سنة من تاريخ وفاة المورث، وبانقضائها يثبت حق الغير في مواجهته ولا يكون له إلا الرجوع على الورثة بسبب إثراءهم[1].

٢- نطاق حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً منقول من أموال التركة المدينة التي خضعت النظام التصفية.

وفي هذه الحالة تطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، فينظر فيما إذا توافرت شروطها، وأهمها أن لا يكون الغير عالماً بأن المنقول الذي يشتريه هو من أموال التركة لم تسدد ديونها، فإذا توافرت شروطها فقد ملك الغير المنقول مع الحيازة ويستطيع أن يحتج بذلك في مواجهة دائني التركة.

---

(١) انظر حامد مصطفى، المرجع السابق، ص ٤١٢.

الفرع الثالث

شروط الحماية

وهذه الشروط تتعلق بالطرف المتنازع معه وبالغير محل الحماية وسنورد هذه الشروط تباعاً.

أولاً: أن يكون الطرف المتنازع معه دائناً عادياً

وعليه لا يسوغ للغير حتى لو كان حسن النية أن يحتج بحقه في مواجهة كل دائن تقرر له تأمين عيني على أموال التركة المدينة، كالدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز، فيستطيع كل من تقرر له تأمين عيني على أموال التركة، أن يتتبع أي عقار أو منقول في يد الغير دون أن يستطيع هذا الأخير الاحتجاج في مواجهته.

ثانيا: تحقق صفة الغيرية في المتصرف إليه

نستطيع القول أن مفهوم الغيرية في هذا المظهر من مظاهر الحماية له دلالة واسعة، فيشمل كل من اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة بل ونستطيع القول أن الورثة يعدون من الغير بالمعنى المقصود في هذا المظهر، فلو صدر التصرف إلى أحد الورثة فإنه يعد غيراً بالنسبة لدائن التركة، وأوضح ما يكون أحد الورثة غيراً بالنسبة لدائني التركة هو في حالة التخارج أو البيع بين الورثة، فلو باع أحد الورثة حصته إلى وريث آخر، فإن هذا الوريث يعد غيراً بالنسبة لدائني التركة فيما اكتسبه من حقوق عينية على المال المباع، فتطبق عليه سائر القواعد التي أشرنا إليها سابقا، كما يتم البحث عن توافر حسن النية في جانبه حتى يمكن إسباغ الحماية عليه.

ثالثا: توافر حسن النية في جانب الغير

ومقتضى حسن النية الواجب توافره هو عدم علم الغير وقت التصرف بأن المبيع الذي ترتب لــه حقاً عينياً عليه تتعلق به حقوق الدائنين لكونه يعد جزءاً من مشتملات تركة مدينة.

ويكفي علم الغير بأن التركة مدينة حتى يتوافر سوء النية في جانبه إذا أقدم على التعامل مع أحد الورثة.

ولا أثر لتسجيل الغير تصرفه مع أحد الورثة قبل قيام الدائنين بإيقاع الحجز على عقارات التركة إذا لم تخضع للتصفية، على حسن نية الغير، فيكفي علمه وقت التصرف بأن التركة مدينة حتى تقوم في جانبه شبهة التواطؤ مع الوارث، فيعد بالتالي سيء النية[1].

والأمر ذاته ينطبق على التركة، التي خضعت لنظام التصفية، فلا يعفى الغير من وجوب توافر حسن النية في جانبه أن يجري تصرفه مع الوارث قبل قيد الأمر الصادر من المحكمة بتعيين مصفي التركة، فيتوجب أن يكون حسن النية حتى قبل قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي.

المطلب الثاني

أحكام حماية الغير الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته

وتتحقق هذه الحماية سواء كان المال المرهون رهناً تأمينياً أم حيازياً، وقد نص عليها المشرع الأردني في المادتين (١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني حيث تنص المادة (١٤١٩) "ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته"[2]. في حين تنص المادة (١٣٦٤) على "١- ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثق به. ٢- فإذا زال سبب الانقضاء عاد الرهن كما عاد دون مساس بحقوق الغير حسن النية التي اكتسبها بين زوال الحق وعودته".

---

(١) ويرى الأستاذ السنهوري أن علم الغير بأن التركة مدينة وبأن المبيع تتعلق به حقوق الدائنين يتيح للدائنين في كل الأحوال الطعن بالتصرف بالدعوى البوليصية السنهوري، الوسيط، ج١، المرجع السابق ص ٣٤٩.

(٢) تقابل المواد (١٠٨٢، ١١١٢) مدني مصري و(١٣١٥، ١٣٤٦) مدني عراقي.

ومن خلال مطالعة النصين السابقين يتبين لنا أن هذه الحماية سواء تعلقت بالرهن التأميني أو الحيازي مقيدة بشروط عديدة فضلاً عن أن لها مضمون واحد يتمثل في تقديم الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية على حق الدائن المرتهن الذي عاد رهنه، وسوف نعرض لهذين الموضوعين عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول

شروط الحماية

سبق أن ذكرنا، أن حماية الغير الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته مقيدة بشروط عديدة، وهذه الشروط تتعلق بصفة انقضاء الرهن، وبالوقت الذي اكتسب فيه الغير حقه على المال المرهون، وبالغير ذاته، إذ لا بد أن تتحقق فيه صفة الغيرية، فضلاً عن لزوم توافر حسن النية في جانبه، وهذه الشروط لا بد من اجتماعها معاً ويترتب على تخلف إحداها عدم إسباغ الحماية على الغير.

أولاً: أن يكون انقضاء الرهن بصفة تبعية:

لا ينقضي الرهن بصفة تبعية إلاّ بانقضاء الدين الموثق به، وعلى ذلك نصت المادتان (١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني، ولذلك فإن جميع أسباب انقضاء الدين الأصلي الموثق به الرهن، تعتبر أسباباً لانقضاء الرهن بصفة تبعية[1]، ويشترط أن يكون الدين قد انقضى بصورة كلية، أما في حالة بقاء جزء منه، فإن الرهن يبقى بأكمله لضمانه طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن[2].

---

(١) انظر: توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٨٦، المكتب العربي للطباعة والنشر، ص١٩٧.

(٢) صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٥٣، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ص٨٨.

وقد ينقضي الدين الأصلي لأنه لم يوجد صحيحاً، كأن يوجد في عقد باطل، لعدم الرضاء أو لعدم الاهلية أو لانعدام المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لخلل في الشكل، فيبطـل العقـد ويبطل معه الدين، ويبطل معهما الرهن[١]. وقد ينقضي الدين لأنه يوجد في عقد موقـوف لـم تلحقه الإجازة[٢]. وقد يوجد الدين في عقد صحيح ولكنه ينقضي لأسباب عديدة، كـأن ينقضـي بالوفاء، أي بوفاء الدين المضمون بالرهن من قبل الراهن، ويشترط في هذه الحالة أن يتم الوفاء من قبل المدين، أما إذا قام شخص آخر غير المدين بالوفاء بالدين فإنه يحل محل الدائن فيما كان يضمن حقه من تأمينات، كما قد ينقضي الدين المضمون بالرهن بالإبراء مـن طـرف الـدائن المرتهن وبالمقاصة فيما بين دين المدين الراهن على الدائن ودين الدائن المرتهن على المـدين الراهن، ويجب أن ينقضي دين المدين الراهن كله بالمقاصة لأن بقاء جزء منه لا يؤدي لانقضاء الرهن إعمالاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن.

كما ينقضي الرهن بصفة تبعية باتحاد الذمة، أي بانتقال ملكية المال المرهون إلى المرتهن أو بانتقال حق الرهن إلى الراهن كأن يوصي الدائن بالدين للمدين ويموت الدائن، فهنا ينقضـي الرهن لاتحاد صفتي الدائن والمدين[٣]. وقد ينقضي الدين بالتقادم وفي هذه الحالة تجب التفرقـة بين الرهن التأميني والرهن الحيازي، ففي نطاق الرهن التأميني يمكن أن ينقضي الدين الموثق بالرهن بالتقادم، وفي هذه الحالة يجوز للراهن أن يطلب الحكم له بفك الرهن، أما فـي نطـاق الرهن الحيازي فمن غير المتصور انقضاء الدين بالتقادم، لأن بقاء المرهون حيازياً تحـت يـد

---

(١) انظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية العينيـة، ١٩٧٠، دار إحياء التراث العربي، ص٦١٥.

(٢) محمود جمال الدين زكي، التأمينات العينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩، ص٤١٦.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج١، المرجع السابق، ص٦٣٠.

المرتهن يعد إقراراً ضمنياً بالدين، الأمر الذي يمنع سقوطه ومن ثم سقوط الرهن تبعاً له[١]

ويبقى من طرق انقضاء الرهن بصورة تبعية، الوفاء الاعتياضي[٢]، حيث يؤدي إلى انقضاء الدين الأول مع ضماناته فلا تعود هذه الضمانات حتى لو استحق مقابل الوفاء في يد الدائن[٣].

ولا تثار حماية الغير حسن النية إلاّ إذا زالت أسباب انقضاء الدين السابقة الذكر وعاد الرهن من جديد، إذ يقوم التنازع فيما بين مركز الغير ومركز الدائن المرتهن ويزول سبب انقضاء الدين بطرق عديدة كما لو لم يصح وفاء المدين الراهن كأن كان الموفى به غير مملوك أو كما لو زال سبب اتحاد الذمة أو كما لو لم يصح إبراء الدائن المرتهن لصدوره من ناقص الأهلية. وبطبيعة الحال فأنه لا تثار حماية الغير حسن النية إذا كان انقضاء الرهن بصورة أصلية كما لو تم تطهير المال المرهون أو كما لو تنازل الراهن عن حق الرهن أو إذا هلك المال المرهون أو إذا تقادم الرهن، إذا أنه في جميع هذه الأحوال لا يكون هناك مجال لعودة الرهن من جديد.

ثانياً: أن يكون اكتساب الغير حقه على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد:

ويعد هذا الشرط أكثر الشروط أهمية في سبيل إسباغ الحماية على الغير، ويتعدى في أهميته شرط حسن النية الذي سنأتي على بيانه لاحقاً، لأن التسلسل المنطقي في تحديد إن كان

---

(١) علي العبيدي، المرجع السابق، ص٤١٢.

(٢) تطلق عليه التشريعات المدنية المقارنة الوفاء بمقابل، راجع المواد (٣٥٠، ٣٥١) مصري، و(٣٤٨، ٣٤٩) سوري، و(٣٩٩، ٤٠٠) عراقي.

(٣) همام محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٩٧، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص٣٠٩.

الغير جديراً بالحماية أم لا يبدأ بضبط وقت اكتسابه حقاً على المال المرهون، ثم بعد ذلك يتم البحث عن حسن نيته، فإذا ثبت أن الغير اكتسب الحق على المال المرهون قبل انقضاء الرهن أو بعد عودته من جديد، فتطبق عليه الأحكام المتعلقة بتحديد مراتب الدائنين في استيفاء حقوقهم من المال المرهون. ويختلف الأمر في تحديد وقت اكتساب الغير حقاً على المال المرهون بين ما إذا كان المال مرهوناً رهناً تأمينياً أو مرهوناً رهناً حيازياً فإذا كان الحق الذي اكتسبه الغير على المال المرهون رهناً تأمينياً فيتم التثبت من تاريخه من خلال الرجوع إلى تاريخ تسجيله وذلك بالاطلاع على صحيفة العقار أو قيد المركبة بحسب الأحوال، أما إذا كان الحق الذي اكتسبه الغير على مال مرهون رهناً حيازياً، فإن التثبت من تاريخه يتحدد من خلال تاريخ العقد الذي اكتسب الغير بموجبه حقاً على المال المرهون، فيكون عقد الرهن الحيازي حجة على الغير، إذا كان ثابت التاريخ باعتباره سنداً عادياً[1]، وإذا تعلق الأمر باكتساب الغير حقاً على مال مرهون رهناً عقارياً حيازياً، فإن تاريخ اكتساب الحق هو التاريخ الثابت في صحيفة العقار والذي يشير إلى قيد الرهن.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بمكتسب الحق على المال المرهون (الغير):

لا بد لمكتسب الحق على المال المرهون أن يكون غيراً فضلاً عن أن يكون حسن النية.

١- تحقق صفة الغيرية في مكتسب الحق على المال المرهون:

يتسع مفهوم الغير في هذا المظهر من مظاهر الحماية ليشمل كل من لا يُحتج عليه بآثار الرهن الأصلي عند عودته لزوال سبب انقضائه بأن كان أجنبياً عن الرهن الأصلي، فلا يعد غيراً طبقاً لهذا التحديد طرفا العقد وخلفهما العام ومن كان ممثلاً في عقد الرهن الأصلي بأحد

---

(١) المادة ١٢ من قانون البينات.

طرفيه، كما لو كان الدائن المرتهن وكيلاً عن شخص آخر في إبرام عقد الرهن، فإن الموكل لا يعد غيراً بالمعنى المقصود في هذا المظهر من مظاهر الحماية، فلو انقضى الرهن بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون به بسبب من أسباب الانقضاء ثم عاد مرة أخرى لزوال سبب الانقضاء فإن اكتساب الموكل لحق عيني على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته لا يمكنه من الاستفادة من الحماية، لأنه لا يعد غيراً بالنسبة للرهن الأصلي لأنه ممثل فيه بواسطة وكيله. والأمر يكون أوضح في حالة الموكل الذي كان وكيله راهناً للمال المرهون، فهذا الموكل لا يسوّغ له التذرع بالحماية إذا ما اكتسب حقاً على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته وذلك لأنه لا يعد غيراً بالنسبة للرهن الذي عاد لأنه ممثل فيه، وما دام أن الرهن قد عاد فيسري في مواجهته إعمالاً لقواعد الوكالة القاضية بسريان الالتزامات الناشئة عن تصرفات الوكيل في مواجهة الموكل.

وباستبعاد طرفي العقد وخلفهما العام ومن كان ممثلاً في عقد الرهن الأصلي بأحد طرفيه، فإن ما عداهم يعدون غيراً ولهم إذا ما اكتسبوا حقاً على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته أن يحتجوا به في مواجهة طرفيه.

٢- أن يكون الغير حسن النية:

ومقتضى حسن النية اعتقاد الغير الجازم بزوال الالتزام الأصلي نهائياً وانقضاء الرهن تبعاً له والناشئ عن جهله بالعيب الذي يشوب سبب انقضاء الرهن أو عدم علمه بسبب إبطال الدين المضمون بالرهن[1]. فإذا كان الغير عالماً بإمكانية زوال السبب الذي انقضى به الدين

(١) قارب هذا المعنى لحسن النية بما ورد لدى توفيق حسن فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص١٩٧. وهمام محمود زهران، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص٣٠٩. ولدى منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، ١٩٦٣، المطبعة العالمية، القاهرة، ص١٦٢.

المضمون، كما لو كان يعلم بأن الموفى به غير مملوك للمدين الراهن أو أن الدائن المرتهن الذي صدر الإبراء عنه ناقص الأهلية فيعد سيئ النية، فلا يمكن إسباغ الحماية عليه، وإزاء سكوت الفقه عن وضع معيار يقاس به حسن نية الغير فنرى أن يتم اللجوء إلى معيار الشخص المعتاد.

أما بالنسبة للوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية لدى الغير، فنرى بأنه وقت إبرام التصرف الذي كسب الغير بموجبه حقاً على المال المرهون. ويترتب على ذلك أن علم الغير بما يشوب سبب انقضاء الرهن بعد إجراء التصرف لا يقدح في حسن نيته، ويستطيع بالتالي أن يحتج بالحق الذي اكتسبه على المال المرهون في مواجهة الدائن المرتهن إذا ما عاد الرهن من جديد.

الفرع الثاني

مضمون الحماية

لم تفصح المادتان (٢/١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني عن مضمون حماية الغير حسن النية حيث تحدثتا عن عدم الإخلال أو المساس بالحقوق التي اكتسبها على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته. وإزاء ذلك فلا بد من بيان هذه الحماية، ويقتضي الأمر ابتداءً تحديد طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته ثم بعد ذلك تحديد موقع هذا الحق من حق الدائن المرتهن الذي عاد على المال المرهون.

أولاً: طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية:

لم يحدد المشرع الأردني بصورة دقيقة طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته، وإزاء ذلك قد يتبادر إلى الذهن أن هذه الحقوق لا تعدو كونها حقوقاً عينية على اعتبار أن حق الدائن المرتهن يتركز في المال

المرهون سواءً كان عقاراً أم منقولاً، وبالتالي فإن التنازع ما بين حق الغير حسن النية وحق الدائن المرتهن لا يثار إلاّ حينما يكون الغير حسن النية قد اكتسب حقاً عينياً على المال المرهون سواءً كان حقاً عينياً اصلياً كحق الملكية أو حق انتفاع أو أي من الحقوق المجردة أو حقاً عينياً تبعياً كحق الرهن.

ولكن مطالعة المادتين (١٣٦٤/٢) و(١٤١٩) بالإضافة لتأمل الأحكام المتعلقة بحقوق الراهن في كل من الرهن التأميني والحيازي تفضي إلى القول بأن حق الغير حسن النية الذي اكتسبه ما بين انقضاء الدين الأصلي وعودته قد يكون حقاً شخصياً محله المال المرهون، كما لو قام الراهن بتأجير العقار المرهون للغير.

ولعل ما دفعنا إلى هذا الاستنتاج هو التعبير الذى استخدمه المشرع المدنى حيث ذكر فى المادتين السابقتين عبارة "دون مساس بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية ما بين انقضاء الرهن وعودته".

وبناءً على ما تقدم، فإن الحق المقصود في المادتين السابقتين ويمكن للغير أن يكتسبه ما بين انقضاء الرهن وعودته ويكون في موقع التنازع من حق الدائن المرتهن قد يكون حقاً عينياً أصلياً كان أم تبعياً أو حقاً شخصياً محله المال المرهون.

ثانياً: تقدم حق الغير على الدائن المرتهن الأصلي:

ينبغي أولاً وقبل إيضاح مضمون حماية الغير حسن النية أن نشير إلى أنه إذا زال سبب انقضاء الدين المضمون بالرهن، فإن هذا الدين يعود ويعود معه الرهن من جديد[1]، وإذا كان الرهن تأمينياً، فيجب في هذه الحالة أن يتم التأشير من جديد بعودته على هامش القيد القديم في

---

(١) توفيق حسن فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص١٩٧.

دائرة التسجيل[1]. أما إذا كان الرهن حيازياً فيعود المال المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن من جديد، فيحوزه حقيقة أو حكماً، وإذا كان الرهن عقارياً حيازياً فيتم التأشير من جديد بعودته على هامش القيد القديم في دائرة التسجيل. وما سبق بيانه هو الأصل والجاري عملاً في حاله عـدم إثقال المال المرهون بحقوق جديدة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

فإذا ما كسب الغير حقاً عينياً على المال المرهون أو حقاً شخصياً محله المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته، فإن حق الغير حسن النية يسري في مواجهة الدائن المرتهن وينبغي على الأخير احترامه فلا يجوز له أن يحتج على الغير بعودة الرهن من جديد. وهذا ناشئ عـن اعتبار حق الغير سابقاً على حق الدائن المرتهن وهو المضمون الجوهري للحماية. ونفاذ حـق الغير حسن النية في مواجهة الدائن المرتهن يختلف في مداه وأثره، بين ما إذا كان حقاً عينياً أو شخصياً محله المال المرهون، فلو كسب الغير حسن النية ملكية المال المرهون، عقاراً كـان أم منقولاً، فإن ملكيته تخلص له غير مثقلة بالرهن الأصلي المقرر لصالح الدائن المرتهن والـذي عاد نظراً لزوال سبب انقضائه[2]. ولو رتب الراهن للغير حسن النية حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكة كحق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو مساطحة أو ارتفاق، فإن هذه الحقوق تظل مقـررة لصالح الغير حسن النية، إذ يعتبر الغير قد كسبها قبل الرهن، وبذلك لا يستطيع الدائن المرتهن إذا حل أجل الدين ولم يقم الراهن بالوفاء أن يتتبع العقار المرهون تمهيداً للتنفيذ عليه[3] لأن ميزة التتبع تثبت للدائن المرتهن في مواجهة من انتقلت إليه بعد الرهن ملكية المرهـون أو أي حـق عيني عليه، ولما كان حق الغير سابقاً على حق الدائن المرتهن، فإن الرهن لا ينفذ في مواجهته

---

(١) صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٨٨.

(٢) علي العبيدي، المرجع السابق، ص٣٥٨. ومحمد وحيدالدين سوار، الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص٩٨.

(٣) توفيق فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص١٩٧. وهمام زهـران، المرجـع السـابق، ص٣٠٨. ومنصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص١٦٢.

إعمالاً لمفهوم المخالفة للمادة (١٣٤٥) مدني أردني التي تنص "ينفذ الرهن التأميني في حق غير المتعاقدين من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل قبل أن يكسب الغير حقاً عينيـاً علـى العقـار المرهون".

أما لو كسب الغير حسن النية على العقار المرهون حقاً عينياً مما لا يجوز بيعه في المزاد العلني كحق ارتفاق مثلاً، فيتعذر على الدائن المرتهن، إذا حل أجل الدين أن يبادر إلى التنفيـذ على العقار[1]، وكل ذلك مشروط بأن يكون التصرف الذي أجراه الغير حسن النية مع الراهن قد تم تسجيله، ولذلك فإن تأخر تسجيل هذه الحقوق إلى ما بعد إعادة قيد رهن الدائن المرتهن فـإن الحق الواجب الحماية في هذه الحالة هو حق الدائن المرتهن.

وفي حالة ما إذا كسب الغير حسن النية حقاً عينياً تبعياً على المال المرهون، كما لو رتب الراهن رهناً جديداً لصالح الغير حسن النية على المال المرهون وتم تسجيله والتأشير عليه فإن هذا الرهن يتقدم في مرتبته على الرهن الأصلي عند عودته لزوال سبب انقضاء الدين المضمون به[2].

وفي حالة ما إذا كان الرهن حيازياً، فإن أسبقية مرتبة رهن الغير حسن النية تتحدد مـن خلال تاريخ اكتسابه لحق الرهن المتمثل في تاريخ إبرام عقد الرهن.

ومما تقدم، نلحظ ما أشرنا إليه سابقاً من أن هذه الحماية تعطل ميزة التتبع المقررة للدائن المرتهن، كما تعطل ميزة التقدم الناشئة عن أسبقية القيد وذلك إذا ما تعلق الأمر بحق عيني تبعي اكتسبه الغير حسن النية على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته.

---

(١) علي العبيدي، المرجع السابق، ص٣٥٩.

(٢) صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٨٨. وكذلك عبدالرزاق السـنهوري، الوسـيط، ج١، المرجـع السابق، ص٦١٧. وتوفيق حسن فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص١٩٧.

أما إذا كان الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية، حقاً شخصياً محلـه المـال المرهـون، فيختلف الأمر بين ما إذا كان المال مرهوناً رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً، فإذا كان الرهن تأمينياً ثم انقضى لانقضاء الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضـاء التبعيـة، وخـلال فتـرة الانقضاء قام المدين بتأجير العقار المرهون فإن حماية الغير حسن النية تتمثل في اعتبار الإجارة الصادرة من الراهن سابقة على الرهن ولذلك أهمية كبيرة إذ تطبق عليها أحكام الإجارة المنجزة المنصوص عليها في المادة (١/١٣٤٤) حيث نصت "الإجارة المنجزة الصادرة من الـراهن لا تنفذ في حق المرتهن إلاّ إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الرهن. وعليه فإن الغير حسن النية إذا كانت إجارته منجزة أي غير مضافة إلى أجل واقف فإنها تكون نافذة في مواجهة الدائن المرتهن أيـاً كانت مدتها بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل الرهن[1].

وفي رأينا أن الأحكام السابقة تطبق في حالة ما إذا استأجر الغير حسـن النيـة العقـار المرهون رهناً حيازياً ما بين انقضاء هذا الرهن وعودته من جديد.

كما نرى بسريان مدة إجارة الغير حسن النية للمرهون رهناً حيازياً فـي حـق الـدائن المرتهن فلو قام المدين الراهن بتأجير المال المنقول بعد انقضاء الرهن وبعد ذلـك زال سـبب الانقضاء، فلا يكون بمستطاع الدائن المرتهن الذي عاد رهنه الأصلي من جديد أن ينزع المـال

---

(١) علي العبيدي، المرجع السابق، ص٣٤٥. وفيما يتعلق بمسلك القوانين المدنية المقارنة حيال هذه المسألة فإن القانون المدني العراقي تضمن في المادة (١٣٠٣) موقفاً مماثلاً للمشرع الأردني حيـث جـاءت المـادة المذكورة مطابقة للمادة (١٣٤٤) مدني أردني. وبالنسبة للمشرع المصري فإنه قد رتب على إيجار العقار وتسجيل هذا الإيجار قبل قيد الرهن سريان مدة الإجارة كاملة في مواجهة الدائن المرتهن وعلى ذلك نصت المادة (٢/١٠٤٥) مدني مصري حيث تنص "وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته علـى تسع سنوات، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلاّ لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سـجل قبـل قيـد الرهن" وهو ذات الموقف الذي سلكه المشرع السوري فـاعتبر أن عقـد الإيجـار المسـجل قبـل قيـد الرهن ينفذ بكامله، وعلى ذلك نصت المادة (٢/٣٨٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية السـوري "أن عقود الإيجار التي شهرت بقيدها في السجل العقاري تعارض الحقوق التي تسجل بعدها...".

المنقول من يد الغير حسن النية المستأجر للمال، فيظل المال في حيازة الغير وينتفع به إلى حين انتهاء مدة الإجارة[1].

وغني عن البيان أن حماية الغير حسن النية في هذه الحالة والمتمثلة بسريان مدة إجارتـه في مواجهة الدائن المرتهن لا يمكن أن تتحقق دون اعتبار عقد الإيجار المبرم فيما بينه وبـين المدين الراهن سابقاً للرهن الأصلي الذي عاد بسبب زوال سبب انقضاء الدين المضـمون بـه. وهو ما يظهر بوضوح أن جوهر الحماية في هذا المظهر تتمثل بأسبقية اكتساب الغير حسن النية لحقه على المال المرهون على الرهن الأصلي.

---

(١) ويستند هذا الرأي إلى موقف المشرع الأردني من مَوضوع عينية الرهن الحيازي حيث لا يعتبر عقداً عينياً وإنما رضائياً، فينعقد الرهن الحيازي وفقاً للقانون الأردني بمجرد تطابق إيجاب وقبول العاقدين دون حاجة إلى نقل الحيازة، فلا يعد قبض الدائن أو العدل للمال المرهون ركناً في عقد الرهن الحيازي وإنما شـرطاً لتمام العقد ولزومه حسبما تنص على ذلك المادة (١٣٧٥) مدني أردني حيث تنص "يشترط لتمام الـرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل".

وهذا الموقف ذاته سلكه المشرعان العراقي والمصري ففيما يخص المشرع العراقي فقـد جـاءت المـادة (١٣٢٢) فيه مطابقة تماماً في مضمونها للمادة ١٣٤٥ مدني أردني. أما بالنسبة للقانون المصـري فـإن الرهن الحيازي يعد عقداً رضائياً حيث أصبح تسليم المال المرهون التزاماً على عاتق المدين وليس ركنـاً في العقد. وفي هذا تقول المادة ١٠٩٦ مدني مصري "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدينـه عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي بعينه المتعاقدان شيئاً...".

أما بالنسبة للقانون المدني السوري فإن موقفه حيال هذه المسألة ليس واضحاً ولذلك يرى شراح هذا القانون أن عقد الرهن الحيازي في ظل القانون المدني السوري يعد عقداً عينياً وأن القبض فيه ركن فلا ينعقد العقد بدون توافر هذا الركن. ويستندون في ذلك لتعريف المشرع السوري لعقد الرهن الحيـازي إلـى المـادة (١٠٢٨) مدني سوري والتي تنص "عقد الرهن الحيازي عقد يخصص بمقتضاه شيء منقول مادي أو غير مادي لتأمين التزام ما". انظر في خصوص ذلك: السرمانيني والترميني، الحقوق العينية التبعيـة، ١٩٨٦، مطبعة ابن خلدون، دمشق، ص٨٣. وسوار، الحقوق العينية التبعية، ١٩٦٩، مطبعـة الأديـب، دمشـق، ص١٩٧٢.

الخاتمة

تعرضت هذه الدراسة عبر فصولها الأربعة إلى موضوع غاية في الأهمية، وهو حماية الغير حسن النية. وكان الدافع إلى هذا الموضوع إيجاد إطار نظري يحدد بصورة دقيقة الوجه الحقيقي للحماية، وبعون من الله وبفضل منه سبحانه- فقد اجتهدنا في سبيل الوصول إلى هذا الهدف على الرغم مما واجه هذه الدراسة من مشكلات وصعوبات ليس أقلها قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، حيث كان جلّ ما بحث في هذا الموضوع لا يتعدى شذرات أو وقفات في إطار دراسة موضوعات أخرى في القانون المدني.

ونظراً لحداثة بحث هذا الموضوع في إطار نظري واحد، يتعرض لمفهوم الحماية بصورة عامة وأساسها القانوني، وأحكامها فقد قسمنا هذه الدراسة، إلى ثلاث فصول، فأوضحنا في الفصل الأول مفهوم الحماية حيث قمنا ببيان مدلولها وقوامها ووظائفها ومظاهرها في فروع القانون الأخرى وطبيعتها الاستثنائية وتمييزها عما يشتبه بها من مظاهر أخرى لحماية الغير ثم خصصنا الفصل الثاني للبحث في الأساسي القانوني للحماية، وهو موضوع وجدنا أنه يعد العمود الفقري لحماية الغير، حيث تطرقنا في المبحث الأول منه للأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة، ثم بحثنا في المبحث الثاني الاساس القانوني الذي يتجاوز نظرية الأوضاع الظاهرة ثم خصصنا الفصلين الثالث والرابع لدراسة أحكام حماية الغير حسن النية وذلك عبر دراسة أحكام حماية الغير في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة. وتطرقنا في الفصل الرابع لأحكام الحماية في المظاهر الأخرى لها.

وبعد أن فرغنا من دراسة الإطار النظري لهذا الموضوع فقد خلصنا إلى العديد من النتائج التي تمخضت عنها هذه الدراسة وعلى هدي هذا النتائج فقد اقترحنا العديد من الاقتراحات والتوصيات، آملين أخذنا بعين الاعتبار إذا ما وجد أنها جديرة بذلك.

خلاصة الدراسة ونتائجها

يمكننا إجمال ما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة في النقاط التالية:

١- إن حماية الغير حسن النية لا تقوم إلا في إطار فكرة التنازع وهي فكرة مؤداها وجود حقين متضادين، أحدهما حق صاحب الحق أو الأصيل مالكا كان أم دائناً والآخر حق الغير حسن النية، ويتمثل حق صاحب الحق في عدم المساس بملكه أو حقه على المال وذلك بالا ينفذ التصرف المكسب للغير حسن النية حقاً في مواجهته في حين يتمثل حق الغير حسن النية في ترتيب التصرف الذي أجراه وأوقعه موقع التنازع مع صاحب الحق –آثاره في مواجهة هذا الأخير. ويتدرج حق الغير حسن النية قوة وضعفاً باختلاف نوع التنازع، فإذا كان التنازع بين القانون والواقع، بأن صدر التصرف للغير من شخص ليس له صفة أو سند يخوله التصرف بالمال الذي اكتسب الغير حسن النية عليه حقاً، كان حق الغير حسن النية في نفاذ آثار هذا التصرف في مواجهة الأصيل (المالك الحقيقي) مرهونا بتوافر شروط وموجبات، حتى يمكن القول معها بضرورة ترجيح حقه على حق الأصيل. أما إذا كان التنازع بين مركزين قانونيين بأن كان التصرف صادرا للغير من مالك المال ولكنه أدى إلى منازعة شخص آخر على هذا المال كان حسن النية ينهض إلى جانبه ويؤدي إلى ترجيح مركزه.

٢- إن حماية الغير حسن النية ذات طبيعة استثنائية، لا ترقى لأن تكون قاعدة عامة في القانون المدني والسبب في ذلك يعود إلى اصطدامها في مطلق الأحوال مع حق ثابت أصلاً وهو حق المالك على ماله أو حق الدائن على هذا المال، وعلى الرغم من ذلك فقد تراوحت التشريعات المدنية المقارنة في توسيع هذا الاستثناء أو تضييقه وقد انحاز المشرع

الأردني إلى جهة تضييق الاستثناء، مما أدى إلى أن تكون حماية الغيرحسن النية في نطاق القانون المدني الأردني، ضيقة ومحدودة مقارنة بالقوانين المدنية المقارنة، ويظهر ذلك جلياً في حالة تعامل الغير حسن النية مع المالك الظاهر، فبينما تقتصر حماية الغير حسن النية التعامل مع المالك الظاهر في ظل القانون المدني الأردني على الحائز للمنقول أو العقار بحسن نية وكذلك المتعامل مع خلف المريض مرض الموت، نجد أن القوانين المدنية المقارنة قد وسعت من نطاق حماية الغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر، حيث أوردت استثناءات عديدة على الأثر الرجعي للبطلان والفسخ وسائر الأحوال التي تؤدي إلى نشوء مالك ظاهر ولم تقتصر على التطبيقات التي أوردها المشرع الأردني.

٣- لقد توصلت هذه الدراسة إلى أن حسن النية، كشرط أساسي لحماية الغير، يكتسب مفهوماً خاصاً في هذا الإطار، فهو يعني الجهل المبرر بواقعة معينة أو بظرف محدد من الظروف، يكون مناط ترتيب الأثر القانوني، وفيما عدا هذا المفهوم لحسن النية، فإن حماية الغير لا تعرف مفهوماً آخر.

٤- توصلت هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم الغير محل الحماية بصورة دقيقة ومحددة، فالغير محل الحماية ليس ذلك الأجنبي عن التصرف، بل هو شخص كان طرفاً في تصرف لا تسري آثاره في مواجهة شخص معين (صاحب الحق) بحسب الأصل، وبالتالي فإن الغير متداخل في التصرف الذي أوقعه، موقع التنازع مع صاحب الحق، غير أن الغير محل الحماية لا يعدم صفة الأجنبية ذلك أن هذه الصفة، هي مناط اعتباره (غيراً) وقد توصلت هذه الدراسة إلى أن الغير محل الحماية وإن كان طرفاً في التصرف إلا أنه أجنبي عن الوضع الظاهر القائم في ممارسة شخص مكنات ومزايا مركز ليس له مما يؤدي إلى انخداع الغير بصفته مما يدفعه إلى التعامل معه، كما أن الغير وإن كان قد دخل طرفاً

في تصرف مع أحد أطراف الصورية، فهو أجنبي عن الصورية ذاتها وهو ما يبرر حمايته.

٥- لقد توصلت الدراسة إلى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية ليس واحداً، فهو يختلف باختلاف صورة التنازع بين الغير حسن النية وصاحب الحق فإذا كان التنازع بين صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني والغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، فإن أساس حماية الغير حسن النية هو نظرية الأوضاع الظاهرة.

حيث توفر هذه النظرية مبررات حماية الغير حسن النية وذلك بانخداعه بظاهر المتعامل معه مما يدفعه إلى إجراء هذا التعامل، بيد أن اللجوء إلى فكرة الأوضاع الظاهرة كأساس لحماية الغير حسن النية يتطلب توافر شروط لا بد من اجتماعها معاً حتى يكون الغير جديراً بالحماية، ولقد أوضحت الدراسة أن توافر هذه الشروط يتجاذبه تياران، يقضي الأول بالاكتفاء بتوافر الركنين المادي والمعنوي للظاهر، بحيث يقتصر الركن المادي على وجود الظاهر المستقر الناشي عن وجود شواهد وعلامات خارجية تؤدي إلى الاعتقاد بأن من يتعامل مع الغير هو صاحب الحق في حين يرى التيار الثاني أن الركن المادي بالمعنى السابق لا يكفي بل لا بد أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلبا أم إيجابا في نشوء الركن المادي وفي ظهور شخص ما بمظهر صاحب الحق.

ولقد انحازت الدراسة إلى التيار الثاني وقدمت المبررات والمسوغات لتبني هذا الرأي وأقامت الدليل من خلال الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية على أن الركن المادي للظاهر لا بد أن يكون ناشئا –بقدر معين– عن خطأ صاحب الحق السلبي أو الإيجابي.

أما إذا كان التنازع بين مركز الغير حسن النية المستند إلى تصرف قانوني ومركز صاحب الحق القانوني أيضاً، فقد توصلت الدراسة إلى أن الاساس القانوني لحماية الغير حسن النية،

يتمثل في حسن نيته فضلا عما يتضافر مع هذا الاعتبار اللجوء إلى مبرر واقعي للحماية يتمثل بضرورة الحفاظ على استقرار التعامل، كما توصلت الدراسة إلى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية، يتمثل بالصورية ذاتها، حيث قدمت الدراسة الأسباب والأسانيد والمبررات الداعية إلى ذلك.

٦- خلصت الدراسة إلى أن حماية الغير حسن النية في إطار القانون المدني الأردني قد اعتورها النقص والقصور في العديد من المظاهر، فقد اقتصر المشرع الأردني في حمايته للغير حسن النية المتعامل مع الوكيل الظاهر على حالة انقضاء الوكالة وانعدامها، فلم يُدخل في إطار الوكالة الظاهرة، الوكالة التي تجاوز بها الوكيل حدود وكالته على الرغم أن هذا الفرض هو الأكثر شيوعاً والغالب الوقوع في الحياة العملية. كما ضيق المشرع المدني من نطاق الوكالة الظاهرة حتى في حالة انقضاء الوكالة إذا اشترط لحماية الغير ان يكون هو والوكيل المتعامل معه حسني النية، بأن يكون الوكيل غير عالم بانقضاء وكالته وقت إجراء التصرف، ولعل اشتراط حسن النية الوكيل من شأنه أن يؤدي إلى ندرة إضفاء الحماية على الغير حسن النية، حيث أن الغالب أن يكون الوكيل عالم بانقضاء وكالته، خاصة إذا كان سبب انقضاء الوكالة عائد له أو إذا انقضت الوكالة بعزله أو بإفلاس الموكل (الأصيل).

وفي نطاق الملكية الظاهرة، فقد جعل المشرع الأردني حيازة الحائز حسن النية للمنقول قرينة على الملكية معتبرا إياها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فلا يكون أمام المالك الحقيقي سوى إثبات ملكيته للمال المنقول حتى يسترده من الحائز حسن النية، في حين اتبع المشرعان المصري والسوري منهجاً مختلفاً حيث اعتبرا حيازة الغير حسن النية للمنقول قرينة على السبب الصحيح، وهو ما يؤدي إلى صعوبة مهمة المالك الحقيقي في استرداد منقوله إذ يتعين عليه إثبات عدم صحة سببة انتقال حيازة المنقول للغير.

وفي إطار حيازة المنقول، فقد جعلت التشريعات المدينة المقارنة (قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز) ذات أثر مزدوج، مكسب ومسقط، وهذا الأثر يعد أثراً عاماً ينطبق على جميع الحالات التي يتم فيها الاستناد لهذه القاعدة، في حين اقتصر المشرع الأردني على الأثر المكسب لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ونص على الأثر المسقط لها في حالات قليلة.

٧- توصلت هذه الدراسة إلى اتساع نطاق حماية الغير حسن النية في القوانين المدنية المقارنة عنها في القانون الأردني، إذ نصت التشريعات المدينة في كل من مصر وسوريا والعراق على فكرة الدائن الظاهر في حين خلا التشريع المدني الأردني من هذه الفكرة، كما يمكن اللجوء والاستناد إلى نصوص عديدة في القانون المدني المصري والسوري وقانون السجل العقاري في كل منهما للقول بأخذهما بفكرة الوارث الظاهر كما كرس القضاء المصري نظرية الأوضاع الظاهرة كنظرية عامة واجبة الأعمال لحماية الغير حين النية متى توافرت شرائط تطبيقها وموجبات إعمالها، أما في القانون الأردني فلا نجد تطبيقاً لفكرة الوارث الظاهر على الرغم من تصور وقوعها في الميدان العملي بصورة واسعة، كما رفض قضاء محكمة التمييز هذه الفكرة.

٨- توصلت هذه الدراسة إلى أن مفهوم الغير في نطاق الصورية لا يقتصر على الفئتين اللتين حددتهما التشريعات المدنية المقارنة والمتمثلتين بالدائنين والخلفاء الخاصين للمتعاقدين الصوريين بل يشمل مفهوم الغير كلا من الشفيع والمنتفع من عقد الاشتراط الصوري.

٩- حددت الدراسة وبصورة غير مسبوقة – ضوابط ومحددات حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني، سواء في حالة اكتساب الغير حسن النية حقاً على أموال التركة

المدينة أو في حالة اكتساب الغير حقاً على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

هذه هي أبرز ملامح ونتائج وخلاصة هذه الدراسة التي من خلالها يمكن رسم ملامح ومعالم نظرية عامة لحماية الغير حسن النية في نطاق القانون المدني الأردني، وحتى تكتمل معالم هذه النظرية بالصورة التي تتوخاها الدراسة وترى أنها تحقق توازناً كاملاً فيما بين الغير حسن النية وصاحب الحق، **فإنها تقدم التوصيات والمقترحات التالية:**

أولا: تعديل نص المادة (١١٤) من القانون المدني الأردني بحيث يصبح "إذا كان من تعاقد مع النائب يجهل وقت إبرام العقد، انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

والغاية من هذا التعديل جعل حماية الغير حسن النية ممكنة في كافة حالات انقضاء الوكالة سواء ما تعلق منها بالموكل أو بالوكيل أو بالوكالة ذاتها.

ثانيا: مد نطاق الوكالة الظاهرة لتشمل الحالات التي يتجاوز فيها الوكيل حدود وكالته، وذلك بإيراد نص تشريعي يقرر ذلك، حيث أن تجاوز الوكيل حدود وكالته هو الميدان الخصب لحماية الغير حسن النية، لأن التجاوز في أغلب الأحيان يمكن رده إلى خطأ الموكل المتمثل بإعطاء وكالة بألفاظ مرنة أو غامضة أو بإعطاء وكالة على بياض.

ثالثا: إيراد نص تشريعي يكفل حماية الغير حسن النية من الأثر الرجعي للبطلان والفسخ والعقد الموقوف في حالة عدم إجازته، وعدم الاقتصار على الاستثناءات القليلة الواردة في القانون المدني بعدما ثبت عدم كفايتها.

رابعا: دعوة المشرع المدني إلى محاكاة التشريعات المدنية المقارنة في توسيع نطاق حماية الغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر، وذلك بالنص على حماية الغير حسن النية

المتعامل مع خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف، وبالشروط التي أوردتها تلك التشريعات وبالنص على حماية الغير حسن النية المتعامل مع الوارث الظاهر والموصى له الظاهر.

خامسا: النص على حماية الغير حسن النية المتعامل مع الدائن الظاهر أسوة بما قررته التشريعات المدنية المقارنة، خاصة وأن فكرة الدائن الظاهر تشمل الوارث الظاهر، فضلاً أنها تضمن الحيلولة دون قيام المدين بوفاء الدين مرتين، وعدم النص على ذلك يؤدي إلى هذه النتيجة، دون أي مراعاة لحسن نية المدين.

سادسا: تعديل نص المادة ٢/١٨٩ من القانون المدني بحيث تصبح " وتصبح الحيازة بذاتها قرينة على السبب الصحيح ما لم يثبت غير ذلك".

والهدف من ذلك تقوية موقف الحائز حسن النية في مواجهة المالك الحقيقي.

ثامنا: مسايرة التشريعات المدنية المقارنة بتقصير مدة التقادم المكسب للعقار إلى خمس سنوات إذا كانت حيازة الحائز تستند إلى سبب صحيح وحسن نية وتعديل نص المادة (١/١١٨٢) لتحقيق هذه الغاية.

تاسعاً: دعوة محكمة التمييز إلى إعطاء نفسها دوراً إنشائياً، وذلك بإضفاء الحماية على الغير حسن النية إذا ما نهضت إلى جانبه المبررات الداعية إلى ترجيح مركزه، والأخذ بعين الاعتبار مسلك محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص والتي جعلت من نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الأعمال إذا توافرت شرائط تطبيقها وموجبات إعمالها، فيكون الاستناد إليها لحماية الغير حسن النية مبرراً ووجيها دون الحاجة إلى نص تشريعي يقرر هذه الحماية.

عاشرا: استحداث فقرة ثالثة للمادة (١١٨٩) من القانون المدني تجعل لقاعدة (الحيازة في

المنقول سند الحائز) أثراً مزدوجاً، مكسباً للحق في المنقول ومسقطاً للحقوق والتكاليف المحمل بها.

ونقترح أن يكون النص مماثلاً لما جاء في المادة (٢/٩٢٧) من القانون المدني السوري والذي مفاده "فإذا كان حسن النية و السبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منهما".

وبهذه التوصيات، فإننا نرى، بأن معالم نظرية عامة لحماية الغير حسن النية قد اتضحت، سائلين المولى –جل وعلا– أن يقيض لهذه النظرية من يتممها ويسد ما شاب هذه الدراسة من نقص أو اختلال.

تمت بحمد الله

المراجع

أولاً: المؤلفات العامة والخاصة

١. **إدوارد عيد**

- الشركات التجارية، بيروت، ١٩٦٩.
- الإسناد التجارية، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٦٦.

٢. **إسماعيل غانم**، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، القاهرة ١٩٦١.

٣. **أكثم الخولي**، دروس في الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٦.

٤. **أكرم ياملكي**، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

٥. **أنور العمروسي**، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون سنة نشر.

٦. **توفيق حسن فرج**

- التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر.

٧. **جلال العدوي**، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للكتاب، الإسكندرية، ١٩٨٠.

٨. **جمال مرسي بدر**، النيابة في التصرفات القانونية، الهيئة العامة المصرية للكتاب القاهرة، ١٩٨٠.

٩. **جميل عبد الباقي الصغير**، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠.

١٠. **حامد مصطفى**، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، بغداد، ١٩٦٤.

١١. **حسن كيرة**، الحقوق العينية الأصلية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

١٢. **حسن الفكهاني**، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء التاسع والأربعون، شرح القانون المدني الأردني ١٩٨٠.

١٣. **خميس خضر**، العقود المدنية الكبيرة، البيع دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.

١٤. **رمضان أبو السعود**

- أحكام الالتزام في القانون المدني المصري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩٨.
- الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ١٩٨٩.

١٥. **سامي جمال الدين**، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، العمل الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦.

١٦. **سامي عبد الله**، نظرية الصورية في القانون المدني، مؤسسة البيادر للطباعة، بيروت، ١٩٩٧.

١٧. **سعيد مبارك**، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.

١٨. **سليمان مرقس**

- الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- عقد البيع، القاهرة، ١٩٨٢.
- التأمينات العينية، القاهرة، ١٩٥٩.
- الوافي في شرح القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام العامة، القاهرة، ١٩٩٢.

١٩. **سميحة القليوبي**

- الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

- عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

٢٠. **سمير تناغو**، التأمينات العينية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢.

٢١. **شفيق الجراح**، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، المطبعة التعاونية، دمشق، ١٩٨٦.

٢٢. **صبري خاطر**،الغير عن العقد، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١.

٢٣. **صلاح الدين الناهي**، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة الأولى، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣.

٢٤. **عبد الرحمن جمعة**، بيع ملك الغير، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٨.

٢٥. **عبد الرحمن عياد**، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢.

٢٦. **عبد الرزاق حسن فرج**، نظرية العقد الموقوف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٢٧. **عبد الرزاق السنهوري**

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الجزء الثاني، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الجزء الرابع، المجلد الأول، عقد البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الوسيط، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

- الوسيط، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

٢٨. **عبد السلام ذهني**، التسجيل وحماية المتعاقدين والغير، القاهرة، ١٩٢٦.

٢٩. **عبد الفتاح عبد الباقي**، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٣٠. **عبد القادر الفار**، شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٨٧.

٣١. **عبد المنعم البدراوي**، مصادر الالتزام، ط١، القاهرة، ١٩٧٥.

٣٢. **عبد المنعم الصدة**، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٣٣. **عزيز العكيلي**، الشركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.

٣٤. **علي العبيدي**، الحقوق العينية في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٩.

٣٥. **علي القهوجي**، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية للكتب، الإسكندرية، ١٩٩٤.

٣٦. **فتيحة قرة**، أحكام الوضع الظاهر، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

٣٧. **فوزي محمد سامي**، الشركات التجارية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.

٣٨. **مأمون الكزبري**، الصورية في الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٢.

٣٩. **محسن عبد الحميد النبيه**، نظرية الوارث الظاهر، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٣.

٤٠. **محمد أبو زهرة**، أحكام التركات والمواريث، دار المطبعة العربية، القاهرة ١٩٥٦.

٤١. **محمد حسني عباس**، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

٤٢. **محمد الزعبي**، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.

٤٣. **محمد عبد اللطيف**، التقادم المكسب والمسقط، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٦٦.

٤٤. **محمد عدلي أمير خال**، تملّك العقارات بالتقادم القصير، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.

٤٥. **محمد علي عمران**، احكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، ط١، المكتبة الوطنية، بنغازي، بدون سنة نشر.

٤٦. **محمد طه البشير**، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، مطبعة الصافي بغداد، ١٩٧٧.

٤٧. **محمد كامل مرسي**، شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، ١٩٥٢

٤٨. **محمد وحيد الدين سوار**

- الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

- شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية ٢، وأسباب كسب الملكيـــة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
- شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الحياة، دمشـــق، ١٩٧٧.

٤٩. **محمود إبراهيم إسماعيل،** شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.

٥٠. **محمود جمال الدين زكي،** التأمينات العينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٩.

٥١. **محمود الكيلاني،** شرح القانون التجاري الأردني، والأوراق التجارية، عمان، ١٩٩٠.

٥٢. **مصطفى الجارحي**

- فسخ العقد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨.
- أحكام الظاهر في السجل العيني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيـــة، القـــاهرة، ١٩٨٣.

٥٣. **مصطفى الزرقا،** نظرية الالتزام العام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام في ذاته، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٦٤.

٥٤. **منصور مصطفى منصور**

- التأمينات العينية، الطبعة الأولى. الطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٣.
- الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، ١٩٥٨.

٥٥. **منذر الفضل،** النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجـزء الثـــاني، أحكام الالتزام، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢.

٥٦. **نعمان خليل جمعة**، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد الدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٥٧. **همام محمود زهران**، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧.

٥٨. **ياسين محمد يحيى**، نظام السجل العيني دائرة على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

ثانيا: الرسائل الجامعية والأبحاث والمقالات

٥٩. **أحمد إبراهيم**، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة.

٦٠. **أحمد مرزوق**، الصورية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٧.

٦١. **أنور دبور**، ماهية مرض الموت وتأثيره على التصرفات بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد الثاني، ١٩٨٨.

٦٢. **جميل الشرقاوي**، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٣.

٦٣. **جوني مرزوقة**، الصورية، مقوماتها وآثارها، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ١٩٩٨.

٦٤. **حبار محمد**، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، معهد بن عكنون، جامعة الجزائر، ١٩٨٨.

٦٥. **حسن الذنون**، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٦.

٦٦. **زليخة لحميم**، إنشاء الرهن الرسمي وانقضاؤه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ١٩٩٥.

٦٧. **سالم الدحدوح**، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثره في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، دامعة الإسكندرية، ١٩٩٧.

٦٨. **سعودي سرحان**، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.

٦٩. **السيد بدوي**، حول نظرية مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.

٧٠. **عبد الباسط الجميعي**، الوكالة الظاهرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة من جامعة عين شمس ١٩٦٤.

٧١. **ماجد راغب الحلو**، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الاول.

٧٢. **مجدي عز الدين يوسف**، الأساس القانوني للموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.

٧٣. **محمد الحراحشة**، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ١٩٩٩.

٧٤. **محمد الزعبي**

- مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، السنة الخامسة والثلاثين، عمان، ١٩٨٧.
- قيود سجل الأراضي الأردني نتيجة التسوية، بحث منشور في مجلة دراسات الصادرة عن الجامعة الأردنية، العدد الثالث، ١٩٨٦.

٧٥. **مفلح القضاة**، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.

٧٦. **منصور مصطفى منصور**، نظرية الحلول العيني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٣.

٧٧. **نوري خاطر**، الأثر الرجعي للتصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٦.

<u>ثالثا: الإصدارات القضائية المتخصصة:</u>

٧٨. مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

٧٩. **المحامي إبراهيم أبو رحمة**، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية.

٨٠. **المحامي عبد المنعم حسين**، المدونة الذهبية للقواعد القانونية، القاهرة، ١٩٩٤

٨١. **عبد الحكم فودة**، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجزائية، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨.

٨٢. **محمد شتا أبو سعد**، الصورية في ضوء قضاء النقض، القاهرة، ١٩٨٣.

٨٣. **مصطفى هرجة**، الشفعة في ضوء أحداث الآراء وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١.

Protection of The Good Faith Third Party in Jordanian Civil Law

"Comparative Study"

Prepared by

Hassan Al-Majali

Supervised by

Dr. Ghazi Abu Orabi

The protection in this study is the protection of the good faith third party against another person called the claimant. When the former has gained a right to his property or the creditor is a transaction to which the former is a party.

The effect of the good faith third party diversifies between the loss of the claimant of his property in question and the competition with the creditor for his right to the property.

Protection of the good faith third party is based, in all cases, on contention. It is raised only when the right of such party collicts with another right equivalent or stronger.

The study shows that such contention is of two sides. On one hand, it is between the right of the claimant which is based on a legal status and the right of the good faith third party which is based on a real status. On the other hand, it is between the legal status of the claimant and also the legal status of the good faith third party.

Since the right which is based on a real status can not stand in the face of the right protected by the law, preference of the right of the good faith third party although it is based on a legal basis.

Therefore, the study has raised the theory of the apparent status for being a legal basis for the protection based on a real status of the good faith third party. This theory defines the real status of the apparent agent who acts on behalf of another person without an authorization, or of the apparent claimant who has never owned the property.

In view of the fact that the protection of the good faith third party raised in all respects, contention between law and reality, it is not regarded as a general rule in civil law. However, the civil law legislator has used it in some cases only as an exception. Such exception is attributed to the retroactive effect of nullification, dissilution, suspended contract, etc...

It also leads to limiting such retroactive effect which would harm the rights of the good faith third party if exercised.

Such exception is based on the some principals such as the power of will, the relativity of contract effects, and non-application of legal disposal. The protection of the good faith third party leads not to taking the will of the claimant into account.

In Jordan civil law, protection of the V has several acpects. The civil legislator has given the third party the protection against the apparent agent and claimant as well as against the effects of formal disposal. The legislator has also given protection to the third party with the legal status.

The study has also showed that the rules for the protection of the good faith third party in Jordan civil law is limitted compared with the Egyption, Syrin and Iraqi civil laws.

The study has concluded with recommendations for amending some provisions in the civil law and adding new materials in order to make as much equilibirium as possible between the right of the good faith third party and who ever contends him whether he is a claimant of a creditor.